Gerd Middelberg

RECHTSSCHUTZ GEGEN ERLEDIGTE STRAFPROZESSUALE UNTERSUCHUNGSHANDLUNGEN

1970

1979

Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

in Münster

vorgelegt

von

Gerd M i d d e l b e r g

aus Schüttorf

1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof.Dr. Welp
Zweiter Berichterstatter:	Prof.Dr. Fezer
Dekan:	Prof.Dr. Battes
Tag der mündlichen Prüfung:	5.12.1978

G L I E D E R U N G

Seite

Einleitung 1

I. Problemstellung 1

II. Gegenstand der Untersuchung 3

1. Der Begriff der strafprozessualen Untersuchungshandlung im Rahmen dieser Untersuchung 3

2. Erscheinungsform der Erledigung strafprozessualer Untersuchungshandlungen 5

a) Rücknahme einer bereits dem Betroffenen bekanntgemachten Anordnung vor Vollzug der Maßnahme 5

b) Rückgängigmachen einer bereits in Vollzug gesetzten, aber noch andauernden Anordnung 5

c) Aufhebung der vollständig zum Abschluß gebrachten Maßnahme 6

d) Vorliegen einer prozessualen Überholung 6

Erster Teil

Rechtsschutz gegen nichtrichterlich angeordnete und erledigte Anordnungen 8

A. Überblick über den Personenkreis, der strafprozessuale Untersuchungshandlungen anordnen kann 8

I. Die Staatsanwaltschaft 8

II. Die Polizei 8

III. Die Finanzbehörde und die Zoll- und Steuerfahndungsstellen 9

B. Zuständigkeit der Ermittlungsbehörden für Eingriffe 10

I. Überblick über die sich aus der Strafprozeßordnung ergebenden Kompetenzen 10

II. Originär den Strafverfolgungsorganen auf Grund der Strafprozeßordnung ausdrücklich zugestandene Zwangsbefugnisse 10

Seite

C. Rechtsschutz gegen originär den Ermittlungsbehörden zustehende Untersuchungshandlungen 13

C I. Rechtsschutz gegen Vorführungsanordnungen der Staatsanwaltschaft oder der Finanzbehörde 13

I. Einführung in die Rechtsschutzregelung der §§ 161 a und 163 a StPO 13

II. Konsequenzen der Umverteilung der Kompetenzen auf die Staatsanwaltschaft in Bezug auf Art. 19 Abs. 4 GG 15

1. Die Staatsanwaltschaft als Teil der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG 15

2. Strafprozessuale Untersuchungshandlungen als Eingriffe in grundgesetzlich geschätzte Freiheits- und Individualsphären 20

3. Die herkömmlich präventive Art des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Untersuchungshandlungen 21

4. Nachträgliche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Eingriffe der Staatsanwaltschaft aus § 161 a, 163 a StPO bei noch nicht vollzogener Vorführung 24

5. Nachträglicher Rechtsschutz nach Beendigung der Vorführung 27

a) Begründung der herkömmlichen Ansicht 27

b) Die Ansicht von ENZIAN 29

c) Bejahung eines nachträglichen Rechtsschutzes 31

d) Rechtsschutz im Verfahren gemäß den §§ 23 ff EGGVG 32

e) Kritische Würdigung der aufgeführten Ansichten 32

Seite

III. Eigener Lösungsversuch 37

1. Statthaftigkeit der auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. auf Aufhebung der Anordnung gerichteten Beschwerden 37

a) Die Auffassung in der Rechtsprechung und die vorherrschende Ansicht im Schrifttum 37

b) Die Mindermeinung in der Literatur 39

2. Die Strafprozeßordnung als Ansatzpunkt für die Zulässigkeit eines lediglich feststellenden Rechtsschutzzieles 44

a) Zulässigkeit dieses Rechtsschutzzieles im Rahmen der §§ 304, 305, S. 2 StPO im Wege erweiternder Auslegung 44

aa) Auslegung gemäß dem Wortsinn 44

bb) Die systematische Auslegung 45

cc) Die teleologische Auslegung 46

dd) Die verfassungskonforme Auslegung 48

b) Umsetzung des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzzieles auf das Strafverfahrensrecht mittels Analogie 50

3. Erfüllung des verfassungsrechtlichen Gebotes aus Art. 19 Abs. 4 GG im Wege richterlicher Rechtsfortbildung 58

a) Umfang des verfassungsrechtlichen Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG 59

b) Der Nachweis des berechtigten Interesses als Voraussetzung der Zulässigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles 71

Seite

aa) Das Rehabilitationsinteresse bei diskriminierenden strafprozessualen Untersuchungshandlungen 71

bb) Das Interesse bei Abwehr der Gefahr der Wiederholung einer strafprozessualen Untersuchungshandlung 77

C II. Rechtsschutz gegen die auf Grund eigener Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft / der Finanzbehörde von diesen veranlaßten Maßnahmen, soweit hiergegen die Strafprozeßordnung kein Rechtsmittel vorsieht 82

I. Darstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten vor Erledigung des Eingriffs 83

1. Lösung nach der vorherrschenden Meinung 83

2. Rechtsschutzverfahren nach den §§ 23 ff EGGVG 85

3. Die vermittelnde Meinung des Kammergerichts 87

4. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz 88

5. Ersatzrechtsweg gemäß Art. 19 Abs. 4 GG 88

6. Kritische Würdigung einzelner Lösungsvorschläge 89

II. Rechtsschutz nach Erledigung dieser strafprozessualen Untersuchungshandlungen 92

III. Darstellung des eigenen Lösungsansatzes und Entscheidung für das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG 92

C III. Rechtsschutz gegen originär sich aus der Strafprozeßordnung ergebenden Befugnisse der Polizei und der Beamten der Steuer- und Zollfahndung zur Anordnung strafprozessualer Untersuchungshandlungen 98

I. Darstellung des Meinungsstandes ohne Berücksichtigung der Erledigung dieser Untersuchungshandlungen 99

Seite

1. Rechtsschutz nur insoweit, als Rechtsbehelfe in der Strafprozeßordnung ausdrücklich vorgesehen sind 99

2. Abhängigkeit des Rechtsweges bei Maßnahmen der Polizei von der Auslegung des Begriffes "Justizbehörde" in § 23 Abs. 1 EGGVG 99

a) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts wegen der organisationsrechtlichen Stellung der Polizei 100

b) Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte insoweit, als die Polizeibeamten nicht als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft oder unabhängig hiervon auf deren Ersuchen hin tätig werden 101

c) Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Grund der funktionellen Zuordnung der Polizei 104

3. Kritische Würdigung der vorherrschend vertretenen Meinung 106

II. Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen 106

III. Darstellung eines eigenen Lösungsversuches und Entscheidung für das Rechtsschutzverfahren nach den §§ 23 ff EGGVG 106

Zweiter Teil

Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen, die vom Richter angeordnet wurden 111

A. Rechtsschutz bei noch nicht durch Vollzug erledigten strafprozessualen Untersuchungshandlungen

I. Strafprozessuale Untersuchungshandlungen mit ausdrücklich im Gesetz vorgesehener Beschwerderegelung 111

II. Strafprozessuale Untersuchungshandlungen ohne eigenständige Rechtsmittelbewehrung 111

Seite

1. Anordnung des Gerichts außerhalb eines Hauptverfahrens 112

2. Anordnungen des erkennenden Gerichts 113

a) Darstellung des Streitstandes 113

b) Art. 19 Abs. 4 GG als Lösungsansatz 114

aa) Darstellung des Meinungsstandes 115

(1) Die Ansicht von PETERS 115

(2) Die Auffassung von AMELUNG 116

(3) Die Meinung von LORENZ 117

(4) Die herkömmlich vertretene Ansicht 118

bb) Stellungnahme - Ausschluß der Erstreckung des Geltungsbereiches des Art. 19 Abs. 4 GG auf richterliche Anordnungen 119

c) Erstreckung des Rechtsschutzes in § 305 S. 2 StPO auf alle strafprozessualen Untersuchungshandlungen 122

B. Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen 123

I. Überprüfung der Statthaftigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles an Hand des verfassungsrechtlichen Gebotes auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG

1. Art. 103 Abs. 1 GG als Garantie der Gewährleistung zumindest nachträglichen Gehörs 124

2. Die Bedeutung des § 33 a StPO im geltenden Strafverfahrensrecht 130

II. Möglichkeit der Gewährleistung gleichweritgen Rechtsschutzes in anderen Verfahrensarten 133

1. Überprüfung der Maßnahme in Revisionsverfahren 133

a) Revisionsmäßige Überprüfung der in § 305 S. 2 StPO aufgeführten strafprozessualen Untersuchungshandlungen 136

Seite

b) Revisionsrechtliche Kontrolle der in § 305 S. 2 StPO nicht aufgeführten strafprozessualen Untersuchungshandlungen 137

c) Ergebnis 145

2. Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG 145

a) Anwendungsbereich der §§ 23 ff EGGVG 145

b) Ergebnis 147

3. Das Verfassungsbeschwerdeverfahren 147

a) Anwendungsbereich 147

b) Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Verfassungsbeschwerde 150

c) Ergebnis 156

4. Die Menschenrechtsbeschwerde nach der Europäischen Menschenrechtskonvention 156

a) Statthaftigkeit der Menschenrechtsbeschwerde 156

b) Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung 159

c) Die Effizienz des Rechtsschutzes der Menschenrechtsbeschwerde in der Gegenüberstellung zur Verfassungsbeschwerde 161

d) Ergebnis 162

III. Gebot der Statthaftigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles als Ausdruck der Art. 103 Abs. 1 GG zugrundeliegenden Achtung der Menschenwürde und der Rechtsstaatlichkeit 162

Dritter Teil

Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen, die die Ermittlungsbehörden nur bei "Gefahr im Verzug" haben treffen können 183

A. Zuständigkeit der Eingriffe 183

Seite

B. Rechtsschutz gegen Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen der Staatsanwaltschaft, §§ 98 Abs. 1 100 Abs. 1, 132 Abs. 2, 105 Abs. 1 StPO, bzw. der Finanzbehörde, §§ 386 Abs. 2, 385 Abs. 1 AO 185

I. Rechtsschutz bei nicht erledigten Eingriffen 185

II. Rechtsschutz nach Erledigung eines Eingriffs 187

1. Ausschluß jeglichen Rechtsschutzes vor den ordentlichen Gerichten 187

2. Die Ansicht des Kammergerichts 189

3. Bejahung eines nachträglichen, lediglich feststellenden Rechtsschutzzieles im Rahmen des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO 190

4. Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG 192

5. Rechtsschutz in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht 193

6. Stellungnahme 194

a) Bewertung der aufgezeigten Lösungsgänge 194

b) Vergleich des nach der Strafprozeßordnung möglichen Rechtsschutzes mit den §§ 23 ff EGGVG 196

c) Ausschluß des Verfahrensnach den §§ 23 ff EGGVG 199

d) Ausschluß des verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges 203

e) Ergebnis 204

C. Rechtsschutz gegen erledigte Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen der zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellten Polizeikräfte, §§ 98 Abs. 1, 105 Abs. 1, 132 Abs. 2 StPO, § 152 GVG, sowie der Beamten der Zoll- und Steuerfahndungsstellen, § 404 AO 205

I. Rechtsschutz bei unerledigten Eingriffen 205

1. Lösung der herrschenden Ansicht 205

2. Überprüfung der Maßnahme im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG 206

Seite

3. Die verwaltungsgerichtliche Lösung 207

II. Rechtsschutz bei erledigten Eingriffen 210

1. Rechtsschutz gemäß den §§ 23 ff EGGVG bzw. § 40 VwGO 210

2. Die vorherrschend vertretene Auffassung 210

3. Die Alternativlösung von SCHENKE 210

4. Die Lösung der Mindermeinung 211

5. Würdigung der aufgezeigten Meinungen 212

a) Ablehnung der herrschenden Ansicht 212

b) Ablehnung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes 213

c) Ausschluß des Rechtsschutzverfahrens gemäß den §§ 23 ff EGGVG 214

d) Befürwortung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung 215

D. Rechtsschutz gegen erledigte Anordnungen auf Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, §§ 81 a Abs. 2, 81 c Abs. 5 StPO, durch die Staatsanwaltschaft bzw. durch die Finanzbehörde, §§ 386 Abs. 2, 385 Abs. 1 AO 216

I. Rechtsschutz bei unerledigten Eingriffen 217

1. Lösung der herrschenden Meinung 217

2. Rechtsbehelf des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog 218

3. Berfürwortung des Verfahrens nach den §§ 23 ff EGGVG 218

4. Stellungnahme 219

II. Rechtsschutz nach Erledigung dieser Maßnahmen 221

1. Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG 221

2. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch für den Fall der Erledigung der Anordnung 221

Seite

3. Stellungnahme 222

E. Rechtsschutz gegen erledigte Anordnungen auf Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit durch Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, §§ 81a Abs. 2, 81 c Abs. 5 StPO, bzw. durch Beamte der Zoll- und Steuerfahndungsstellen, §§ 404, 399 Abs. 2 S. 2 AO 223

F. Die Anordnung auf Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger, § 100 a StPO, bei Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft § 100 b Abs. 1 S. 2 StPO 223

I. Rechtsschutz bei noch andauerndem Eingriff 223

II. Rechtsschutz bei erledigtem Eingriff 223

G. Rechtsschutz bei erledigten Anordnungen der Staatsanwaltschaft bzw. der Finanzbehörde gegen Eingriffe in die persönliche Freiheit, § 127 Abs. 2 StPO 226

I. Rechtsschutz bei bestehendem Freiheitsentzug 226

II. Rechtsschutz nach beendetem Freiheitsentzug 228

III. Stellungnahme 229

H. Rechtsschutz bei erledigten Anordnungen von Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bzw. Beamten der Zoll- und Steuerfahndungsstellen gegen Eingriffe in die persönliche Freiheit, § 127 Abs. 2 StPO, § 404 AO 233

A B K Ü R Z U N G E N

a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte(r) Fassung
Alsberg, OLGE,StrProz.	= Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Max Alsberg
Anm.	= Anmerkung
AnwBl.	= Anwaltsblatt
AO	= Reichsabgabenordnung/Abgabenordnung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BayObLGSt	= Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichte in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BayVerfGH	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (amtliche Sammlung)
BayVGH	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (amtliche Sammlung)
Bayr.Vw.Bl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Der Betriebs-Berater
Bd.	= Band
bzw.	= beziehungsweise
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch

BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BNotO	= Bundesnotarordnung
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung
BT	= Bundestag
BV	= Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
ca.	= cirka
DB	= Der Betrieb
d.h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DöD	= Der öffentliche Dienst
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	= Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Einl.	= Einleitung
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes (amtliche Sammlung)
EVerwVerfG	= Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes von 1973

FamRZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FEVH	= Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen
f	= folgende
ff	= folgende (Mehrzahl)
FGO	= Finanzgerichtsordnung
Fn.	= Fußnote
GA	= Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
GS	= Der Gerichtssaal
GV	= Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HessVGH	= Hessischer Verwaltungsgerichtshof
i.S.d.	= im Sinne des
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JVBl.	= Justizverwaltungsblatt
JZ	= Juristen-Zeitung
Kap.	= Kapitel
KG	= Kammergericht
LG	= Landgericht
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (Loseblatt-Sammlung), herausgegeben von Lindemaier, Möhring u.a.
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	= meines Erachtens
MRK	= Europäische Menschenrechtskonvention
MRVO	= Militärregierungsverordnung
NdsRpfl.	= Niedersächsische Rechtspflege
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NW	= Nordrhein-Westfalen
OLG	= Oberlandesgericht

OLGSt	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (amtliche Sammlung)
PAG	= Gesetz über die Aufgaben und die Befugnisse der Polizei in Bayern (Polizeiaufgabengesetz)
PolG	= Polizeigesetz
PrOVGE	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes (amtliche Sammlung)
PVG	= Polizeiverwaltungsgesetz
Rdnr.	= Randnummer
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung)
S.	= Seite
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchlHOLG	= Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
sog.	= sogenannt
StGB	= Strafgesetzbuch
StGH	= Staatsgerichtshof
StPÄG	= Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12.1964
StPO	= Strafprozeßordnung
StS	= Strafsenat
1. StVRG	= Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrecht vom 9.12.1974
u.a.	= unter anderem
u.U.	= unter Umständen
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv

VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
Vorb.	= Vorbemerkung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WBO	= Wehrbeschwerdeordnung
ZFA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

ALBERTS, HANS-W., Auflösung der Verfassung? - Noch einmal BVerfGE 30, 1, in: JuS 1972, 319 ff.

ALTENHAIN, GUSTAV ADOLF, Der Rechtsschutz gegen Verwaltungsmaßnahmen der Strafjustiz- und Vollzugsbehörden, in: JVBl. 1960, 193 ff.

- Urteilsanmerkung (zu OLG Hamburg, VAs 3/62 vom 23.2.1962, JVBl. 1962, 181), in: JVBl. 1962, 181.

- Zum Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Polizei bei der Strafverfolgung, in: Die Polizei 1963, 18 ff.

- Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, in: DRiZ 1964, 297 ff.

- Die strafgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, in: JZ 1976, 756 ff.

- Die strafgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, in: JZ 1966, 16 ff.

- Hausstrafen im Strafvollzug - Zulässigkeit und Grenzen, in: GA 1966, 110 ff.

- Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiete des Strafrechts, in: DRiZ 1966, 361 ff.

- Verwaltungsakte im Strafprozeß und in der Strafvollstreckung, in: JVBl. 1968, 1 ff.

- Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, in: DRiZ 1970, 105 ff.

AMELUNG, KNUT, Urteilsanmerkung (zu BVerwG, I C 11.73 vom 3.12.1974, JZ 1975, 523 ff), in: JZ 1975, 526 ff.

- Zur Frage der Vereinbarkeit vollstreckungsrechtlicher Durchsuchungen mit dem Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG, in: ZZP 88 (1975), S.74 ff.

- Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Berlin, 1976.

APPELL, ERHART, Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Bedeutung für das deutsche Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Dissertation Marburg, 1961.

ARNDT, ADOLF, Das rechtliche Gehör, in: NJW 1959, 6 ff.

- Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, in: NJW 1959, 1297 ff.

- Umwelt und Recht: 1) Das Geheimnis im Recht - 2) Das Recht auf Arbeit im Gefängnis, in: NJW 1960, 2040 f.

- Umwelt und Recht: 1. Verschleiß an Würde. - 2. Umstrittene Staatsanwaltschaft, in: NJW 1961, 1615 ff.

- Urteilsanmerkung (zu OLG Düsseldorf, (2) Ss 249/61, 1734 f.

- Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: Festschrift für CARLO SCHMID, Tübingen, 1961, S. 5 ff.

- Umwelt und Recht: 1. Das Unbehagen an der Verfassung (Art. 19 Abs. 4 und 101 GG). - 2. Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und Zeugnis von Hörensagen. - 3. Schranken der Selbstverteidigung (§§ 244, 245 StPO), in: NJW 1963, 432 f.

- Verfassungsbeschwerde gegen Eröffnungsbeschluß? in: JZ 1964, 582.

- Umwelt und Recht: 1. Justizkritik durch Fragebogen? - 2. Unterschriften statt Argumente? - 3. Die Erschöpfung des Rechtsweges (§ 90 Abs. 2 BVerfGG; §§ 318, 322, 565 Abs. 2 StPO), in: NJW 1975, 807 f.

BACH, GREGOR, Erkennungsdienstliche Maßnahmen nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens, in: NJW 1962, 1000 f.

BACHOF, OTTO, Urteilsanmerkung (zu BVerwG, 1 C 176/53 vom 3.11.1955, MDR 1956, 313 f), in: MDR 1956, 314 f.

- Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem? in: JZ 1963, 697 ff.

- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Aufl., Tübingen 1964.

- Die verwaltungsgerichte Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. Tübingen, 1968.

BÄCHLE, HANS-ULRICH, Die Zulässigkeit der Menschenbeschwerde nach der Rechtsprechung der Kommission, in: NJW 1964, 1993 ff.

BALDUS, PAUlHEINZ, Versäumte Gelegenheiten; zur Auslegung des § 338 Nr. 8 und des § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO, in: Ehrengabe für BRUNO HEUSINGER, München, 1968, S. 373 ff.

BALLY, KARL-MICHAEL von, Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren unter Berücksichtigung der Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz, Dissertation München 1972.

BARATTA, ALESSANDRO, Juristische Analogie und Natur der Sache, in: Mensch und Recht, Festschrift für ERIK WOLF zum 70. Geburtstag, Frankfurt/Main, 1972, S. 137 ff.

BAUER, HORST, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art. 19 IV GG, Berlin 1973.

BAUMANN, JÜRGEN, Die Bedeutung des Artikels 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß, in Festschrift für EBERHARD SCHMIDT zum 70. Geburtstag, Aalen, 1971, (= Neudruck der Ausgabe Göttingen, 1961), S. 525 ff.

BAUR, FRITZ, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: AcP 153 (1954), S. 393 ff.

BECHER, HANS, Der Sofortvollzug kartellbehördlicher Verfügungen, in: NJW 1965, 616 ff.

BECKER, INGO, Das 'berechtigte Interesse' bei den Feststellungsklagen der VwGO, in: MDR 1972, 920 ff.

BENDA, ERNST und KLEIN, ECKART, Bemerkungen zur richterlichen Unabhängigkeit, in: DRiZ 1975, 166 ff.

BENDER, BERND, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, in: JZ 1957, 593 ff.

- Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, in: MDR 1959, 441 ff.

BETHGE, HERBERT, Buchbesprechung: FRIEDRICH MÜLLER, BODO PIEROTH, FRANZ ROTTMANN: Strafverfolgung und Rundfunkfreiheit. Eine Fallstudie zum strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht der Rundfunkangehörigen. Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 22, Berlin, 1973, in AöR 100 (1975), S. 149 f.

BETTERMANN, KARL AUGUST, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der öffentlichen Gewalt, in: AöR 86 (1961), S. 129 ff.

- Die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 96 (1971), 528 ff.

- Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, herausgegeben von KARL AUGUST BETTERMANN, HANS CARL NIPPERDEY und ULRICH SCHEUNER, Dritter Band, 2. Halbband, 2. Aufl., Berlin 1972, ". 523 ff.

- Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von KARL AUGUST BETTERMANN, HANS CARL NIPPERDEY und ULRICH SCHEUNER, Dritter Band, 2. Halbband, 2. Aufl., Berlin, 1972, S. 779 ff.

BINDING, KARL, Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 4. Aufl., Leipzig, 1904.

BIRKMEYER, KARL, Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

BLEI, HERMANN, Urteilsanmerkung (zu KG, 2 VAs 43/70 vom 8.9.1971, JR 1972, 297 ff), in: JA 1972, 575 f.

- Urteilsanmerkung (zu OLG Celle, 2 Ws 31/72 und 72/72 vom 4.1.1973, JR 1973, 339 ff), in: JA 1973, 679 f.

- Rezension (Aufsatz von SCHNICKMANN, Das Vorführungsrecht der Staatsanwaltschaft und seine Vereinbarkeit mit Art. 104 GG, in: MDR 1976, 363 ff), in: JA 1976, 454.

BLOMEYER, JÜRGEN, Die Stellung der Staatsanwaltschaft. Der Staatsanwalt als Vorrichter? in: GA 1970, 161 ff.

- Die Revisibilität von Verfahrensfehlern im Strafprozeß (Kausalität und Finalität im Revisionsrecht), in: JR 1971, 142 ff.

BÖHMER, WERNER, Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Jahrestages Hamburg 1974, Bd. II, 1974, S. 176 f. Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaats an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Diskussion, Sitzung am 26. September 1974.

BÖTTICHER, EDUARD, Buchbesprechung: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, in Verbindung mit ... herausgegeben von KARL AUGUST BETTERMANN, HANS CARL NIPPERDEY, ULRICH SCHEUNER. Dritter Band, 2. Halbband: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959, in: ZZP 74 (1961), S. 314 ff.

BOGS, HARALD, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1966.

BOWITZ, HANS HERMANN, Zur Gegenvorstellung als Voraussetzung für die Erschöpfung des Rechtsweges, in: Bay.Vw.Bl.1977, 663 f.

BRÜGGEMANN, DIETER, Die rechtsprechende Gewalt, Wegmarken des Rechtsstaates in Deutschland, Eine Einführung, Berlin 1962.

BRUNS, HANS-JÜRGEN, Ablehnung eines Staatsanwalts aus den Gründen des § 24 StPO, insbesondere wegen Besorgnis der Befangenheit? in: Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, HEINRICH GRÜTZNER zum 65. Geburtstag, Hamburg 1970, S. 42 ff.

BUCHER, EWALD, Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft, in: JZ 1975, 105 f.

BUCHHOLZ, Die Rechtsmittelbeschränkung in Wohnungssachen in Niedersachsen und Schleswig-Holstein, in: DVBl. 1952, 361 ff.

BUERMEYER, VOLKER, Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1975.

BURMEISTER, JOACHIM, Staatsrechtslehrertagung 1975 in Augsburg, in: NJW 1976, 554 ff.

CANARIS, CLAUS-WILHELM, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1964.

- Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Berlin, 1969.

- Tarifdispositive Normen und richterliche Rechtsfortbildung, in: Gedächtnisschrift für CARL DIETZ, München 1973, S. 199 ff.

GREIFELDS, CARL, Rechtswörterbuch, 3. Aufl., München 1973.

DAHS, HANS, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, München/Berlin, 1965.

DAHS, HANS - DAHS, HANS, Die Revision im Strafprozeß, München 1972.

DENCKER, FRIEDRICH, Belehrung des Angeklagten über sein Schweigerecht und Vernehmung zur Person, in: MDR 1973, 359 ff.

DREWS, BILL - WACKE, GERHARD, Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - der Länder und des Bundes. Dargestellt für Verwaltungsbeamte und das wissenschaftliche Studium, 7. Aufl., Berlin, Köln, München, Bonn, 1961.

DREWS, BILL - WACKE, GERHARD - VOGEL, KLAUS - MARTENS, WOLFGANG, Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 8. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1975.

DZENDZALOWSKI, HORST, Die körperliche Untersuchung. Eine strafprozessual-kriminalistische Untersuchung zu den §§ 81 a und 81 c StPO, Lübeck, 1971.

ECHTERHÖLTER, RUDOLF, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, in: 1956, 142 ff.

EICHENBERGER, KURT, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern, 1960.

ELS, HANS van, HINKEL, HILMAR, Kompetenzverteilung zwischen Richter und Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren, in: NJW 1977, S. 85 ff.

ELZE, HANS, Lücken im Gesetz. Begriff und Ausfüllung. Ein Beitrag zur Methodologie des Rechts, München-Leipzig, 1961.

ENDEMANN, WOLFGANG, Tendenzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum rechtlichen Gehör, in: NJW 1969, 1197 ff.

ENGELHARDT, OLAF BARON von, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, Berlin 1971.

ENGISCH, KARL, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Main 1971.

ENZIAN, RUDOLF, Wesen und Wirken des Vorführungsbefehls, in: NJW 1957, 450 f.

- Das richterliche und das staatsanwaltschaftliche Vorführungsrecht, in: JR 1975, 277 ff.

ERBS, GEORG, Handkommentar zur Strafprozeßordnung mit Text des Gerichtsverfassungsgesetzes (Strafgerichtsbarkeit) in der ab 1. Oktober 1950 geltenden Fassung, Frankfurt/Main und Bonn 1950.

ERLER, GEORG, Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, in: VVDStRL 18 19607, 1 ff.

ESSER, JOSEF, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/Main, 1970.

EVANS- von KRBEK, FRANZISKA-SOPHIE, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung, in: FamRZ 1977, 371 ff.

EVERS, HANS-ULRICH, Entwicklungen des Prinzips möglichst lückenlosen Rechtsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, in: Dimensionen des Rechts, Bd. 1, Gedächtnisschrift für RENE MARCIC, Berlin, 1974, S. 457 ff.

EYERMANN, ERICH - FRÖHLER, LUDWIG, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. Aufl., München 1977.

FALLER, Urteilsanmerkung (zu BGH, 1 St R 124/69 vom 13.8.1969, BGHSt 23, 102 f), in: LM (StPO) Nr. 1 zu § 33 a StPO.

FEDERER, JULIUS, Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951 - 1971, Karlsruhe, 1971, S. 59 ff.

FELDMANN, PETER von, Nochmals: Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei, in: VerwArch. 62 (1971), S. 169 ff.

FENGE, HARALD, Urteilsanmerkung (zu BAG, 3 AZR 278/71 vom 10.3.1972, JZ 1972, 700 ff), in: JZ 1972, 705 f.

FRANZ, OTTO, Die kurzfristige Freiheitsentziehung durch die Polizei, in: NJW 1966, 240 f.

- Blutentnahme und Freiheitsentziehung, in: NJW 1966, 1850 f.

FREYBERG, ROLF-JÜRGEN, Über die Beschlagnahme. Eine strafprozessuale und kriminalistische Studie zu den §§ 94 - 98, 101 a, 107 - 111 StPO unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und der Regelungen im Ausland, Dissertation Frankfurt, 1971.

FRIESENHAHN, ERNST, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Heidelberg, 1961, S. 89 ff.

GECK, WILHELM KARL, Die Erschöpfung der "domestic remedies" gemäß Art. 26 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: DVBl. 1957, 41 ff.

GEERDS, FRIEDRICH, Strafrechtspflege und prozessuale Gerechtigkeit, in: SchlHA 1964, 57 ff.

- Über strafprozessuale Maßnahmen, insbesondere Entnahme von Blutproben bei Verdacht der Trunkenheit am Steuer, in: GA 1965, 321 ff.

- Über die Festnahme von Störern nach § 164 StPO, in: Festschrift für REINHART MAURACH zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 517 ff.

GEIGER, WILLI, Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexesse, in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, Karlsruhe, 1964, S. 61 ff.

GENZEL, Zulässigkeit des Rechtsweges gegen Maßnahmen der Staatsanwaltschaft nach § 81 a StPO, in: NJW 1969, 1562 ff.

GERLACH, JÜRGEN von, Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren, in: NJW 1969, 776 ff.

GIEBELER, ULRICH, Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde. Zugleich ein Vergleich mit der entsprechenden Regel des allgemeinen Völkerrechts und des Verfassungsrechts, Dissertation Marburg, 1972.

GÖBEL, OSWALD, Anklagezwang und Gewaltentrennung, in: NJW 1961, 856 ff.

GOERLICH, HELMUT, Wiedereinsetzung und erster Zugang zum Gericht, in: NJW 1976, 1526 ff.

GOLDSCHMIDT, JAMES, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925.

GOLSONG, HERIBERT, Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, Karlsruhe, 1958.

GÖRCKE, HANS-HELMUTH, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz (Ein Beitrag zur Neuordnung des Staatsanwaltsrechts), in: ZStW 73 (1961), S. 561 ff.

GÖRKEN, FRIEDRICH, Strafverfolgungs- und Sicherheitsauftrag der Polizei, in: ZRP 1976, 59 ff.

GÖSSEL, KARL HEINZ, Buchbesprechung (THEODOR KLEIN_ KNECHT, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und Erg.-Bestimmungen, 32. Aufl. d. von OTTO SCHWARZ begründeten Werkes, München 1975), in: GA 1976, 60 ff.

GÖTZ, VOLKMAR, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., Göttingen 1975; 5. Aufl. 1976.

GRUNDMANN, WERNER, zu den besonderen Prozeßvoraussetzungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: DÖV 1966, 748 f.

GURADZE, HEINZ, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Berlin und Frankfurt, 1968.

HÄBERLE, PETER, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970, in: JZ 1971, 145 ff.

HAFFKE, BERNHARD, Zum Rechtsschutz bei bevorstehender richterlicher Durchsicht beschlagnahmefreier Papiere, in: NJW 1974, 1983 ff.

HAHN, C., Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, 1. Abtheilung, 2. Aufl., herausgegeben von EDUARD STEGEMANN, Berlin 1885; 2. Abtheilung 1881.

HALL, KARL-HEINRICH, Abhörentscheidung und Grundgesetz - BVerfGE 30, 1, in: JuS 1972, 132 ff.

HAMANN, ANDREAS, Rechtliches Gehör, in: AnwBl. 1958, 141 ff.

HAMANN-LENZ, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 - Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, begründet von ANDREAS HAMANN, fortgeführt von ANDREAS HAMANN jr. und HELMUT LENZ, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970.

HANACK, ERNST-WALTER, Rechtliches Gehör, Vollstreckbarkeit und Verhaftung beim Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung, in: JZ 1966, 43 ff.

- Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Strafverfahrensrecht, in: JZ 1971, 168 ff.

- Zur Kontrolle des Verteidigers beim Besuch von Untersuchungshäftlingen - Besprechung zum Beschluß vom 4. 11. 1970 - 2 VAs 41/70 -, in: JR 1973 ff.

- Urteilsanmerkung (zu OLG Celle, 2 Ws 123/73 vom 17.7.1973, JR 1974, 112), in: JR 1974, 113 ff.

HARTEL, ULRICH M., Absolute Beschwerdegründe im Prozeß der Verfassungsbeschwerde, Dissertation München 1970.

HAUEISEN, Der Verfahrensmangel als Revisionsgrund im sozialgerichtlichen Verfahren, in: NJW 1955, 1857 ff.

HAVERKATE, JÖRG, Offenes Argumentieren im Urteil, in ZRP 1973, 281 ff.

HENCKEL, WOLFRAM, Sanktionen bei Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör, in: ZZP 77 (1964), S. 321 ff.

HENKEL, HARDO, Die Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes auf dem Gebiete der Strafrechtspflege nach den §§ 23 ff EGGVG (in der Zeit vom 1.4.1960 bis zum 1.1.1968), Dissertation Hamburg, 1969.

HENKEL, HEINRICH, Strafverfahrensrecht - Ein Lehrbuch -, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968.

HENNEBERG, ERNST, Rechtsbehelf gegen die Festsetzung der Nachzahlungsfrist nach Erstattung einer Selbstanzeige? in: BB 1973, 1301 ff.

- Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Steuerfahndung, des Betriebsprüfungsdienstes u.d. gemeinsamen Strafsachenstellen im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren, in: DB 1973, 1468 ff.

HENRICHS, WILHELM, Buchbesprechung: Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, von HERIBERT GOLSONG, Karlsruhe 1958, in: NJW 1959, 1529.

HERSCHEL, WILHELM, Grenzen des Richterrechts, DB 1973, 2298.

HERZOG, ROMAN, Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: AöR 86 (1961), S. 194 ff.

HESSE, KONRAD, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., Karlsruhe 1975.

HEYDTE, FRIEDRICH AUGUST ERHARD von der, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes (3. Aussprache), in: VVDStRL 8 (1950), S. 162 f.

HOFER, BERNHARD, Zur Aufrechterhaltung betrieblicher Versorgungsanwartschaften (Anmerkungen zum Urteil des 3. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 10.3.1972), in: DB 1972, 1486 ff.

HOFFMANN, WOLFGANG, Die polizeiliche Sistierung zur Feststellung von Personalien, in: DVBl. 1967, 751 ff.

HOLLAND, RALF, Verwaltungsrechtsschutz gegenüber erkennungsdienstlichen Maßnahmen der Kriminalpolizei - BVerwGE 26, 169, in: JuS 1968, 559 ff.

HOLTZENDORFF, FRANZ von, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Zweiter Band, herausgegeben von Freiherr von HOLTZENDORFF, Berlin, 1879.

HUST, GERHARD, Erkennungsdienstliche Behandlung und Persönlichkeitsschutz, in: Kriminalistik 1965, 499 ff.

IPSEN, JÖRN, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975.

JAGUSCH, HEINRICH, Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, in: NJW 1959, 265 ff.

- Weitere Fragen zum rechtlichen Gehör im Strafverfahren, in: NJW 1962, 1645 ff.

JAKOBS, OTTO-WILHELM, Verfassungsbeschwerde gegen die Art der Begründung gerichtlicher Entscheidungen, in: JZ 1971, 279 ff.

KAISER, EBERHARD, Die Bedeutung der §§ 23 - 30 EGGVG insbesondere für Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, in: NJW 1961, 200 ff.

- Gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, in: NJW 1961, 1102.

- Zur Reform der Rechtsmittel im Strafverfahren, in: ZRP 1972, 275 ff.

KAISER, GÜNTHER, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen. 2. Aufl., Karlsruhe, 1973.

KALLMANN, RAINER, Urteilsanmerkung (zu OLG Hamburg, 1 Ws 263/71 vom 12.11.1971, NJW 219), in: NJW 1972, 1478 f.

KALSBACH, TILL, Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, Berlin 1967.

KAUFMANN, ARTHUR, Analogie und Natur der Sache, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe -, Heft 65/66 (1965), S. 1 ff.

KENNEWEG, WOLFGANG, Darstellung und kritische Würdigung der Rechtsprechung zum Grundgesetz des rechtlichen Gehörs unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, Dissertation Münster, 1969.

KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, Studienbuch, von EDUARD KERN. Seit der 13. Aufl. bearbeitet von CLAUS ROXIN, 13. Aufl., München, 1975; 14.Aufl., München 1976.

KERN-WOLF, Gerichtsverfassungsrecht. Ein Studienbuch, von EDUARD KERN, Neubearbeitet von MANFRED WOLF, 5. Aufl. München, 1975.

KHOL, ANDREAS, Zwischen Staat und Weltstaat. Die internationalen Sicherungsverfahren zum Schutze der Menschenrechte, Wien-Stuttgart, 1969.

KLEIN, FRIEDRICH, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL 8 (1950), S. 67 ff.

KLEINKNECHT, THEODOR, Der Vollzug der Untersuchungshaft, in: JZ 1953, 531 ff.

- Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81 a StPO, in: NJW 1964, 2181 ff.

- Die Beweisverbote im Strafprozeß, in: NJW 1966, 1537 ff.

- Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, Kommentar, 33. Aufl., München, 1977.

KLEIN/ORLOPP, AO. Abgabenordnung 1977; einschließlich Straf- und Bußgeldvorschriften, erl. von FRANZ KLEIN, GERD ORLOPP, 1. Aufl., München, 1977.

KOEHLER, ALEXANDER, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960, Berlin und Frankfurt, 1960.

KOHLHAAS, MAX, Zulässigkeit, Brauchbarkeit und Preisgabe vertraulicher Gewährsleute im Strafverfahren, in: JR 1957, 42 f.

- Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, Neuwied, Berlin 1963.

- Körperliche Untersuchung und erkennungsdienstliche Maßnahmen, 2. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, 1976.

KÖHLING, PAUL ERNST, Rechtsprechende und verwaltende Funktionen des Strafrichters, Dissertation Münster, 1969.

KOHLMANN, GÜNTER, Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht (99 391 - 449 AO), Köln-Marienburg, 1972.

KOHLMANN, GÜNTER, Der Anspruch des Beschuldigten auf schnelle Durchführung des Ermittlungsverfahrens, in: Festschrift für REINHART MAURACH zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, S. 501 ff.

- Der Bürger im Ermittlungsverfahren - wehrlos? in: ZRP 1972, 211 ff.

KOLB, HANS-ULRICH, Das rechtliche Behör als verfassungsmäßiges Recht (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 91 Abs. 1 BV), Dissertation München, 1963.

KOMMISSION FÜR DIE ANGELEGENHEIT DER STAATSANWÄLTE IM DEUTSCHEN RICHTERBUND, Der Staatsanwalt in der Dritten Gewalt, in: DRiZ 1968, 357 ff.

KÖNIG, HANS-GÜNTHER, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, in: BRAUCHTISCH, M. v., Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. III, 2. Halbband, Köln, Berlin, Bonn, München, 1962.

KORNBLUM, UDO, Urteilsanmerkung (zu BVerfG, 2. BvR 438/75 vom 17.7.1975, NJW 1976, 325), in: NJW 1976, 325 f.

KOSCHWITZ, JÜRGEN, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung. Freiheitsentziehung durch die Vollzugspolizei der Länder und den Bundesgrenzschutz unter besonderer Berücksichtigung des Artikels 5 der Menschenrechtskonvention, Berlin, 1969.

KRÄMER, ACHIM, Das "Verteidigerprivileg" der §§ 97, 53 StPO im Ermittlungsverfahren nach dem GWB aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: BB 1975, 1225 ff.

KREKELER, WILHELM, Beeinträchtigungen der Rechte des Mandanten durch Strafverfolgungsmaßnahmen gegen den Rechtsanwalt, in: NJW 1977, 1417 ff.

KRIES, AUGUST von, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i.B., 1892.

KRÜGER, RALF, Rechtsgrundlagen für die Aufgaben des Polizeivollzugsdienstes, in: Die Polizei 1976, 209 ff.

KÜBLER, FRIEDRICH, Kodifikation und Demokratie, in: JZ 1969, 645 ff.

- Urteilsanmerkung (zu BVerfG, 1 Bv R 112/65 vom 14.2.1973, BVerfGE 34, 269 ff), in: JZ 1973, 667 f.

KÜCHENHOFF, GÜNTHER, Rechtsbesinnung - Eine Rechtsphilosophie, Göttingen, 1973.

- Persönlichkeitsschutz kraft Menschenwürde, in: Menschenwürde und freiheitliche Grundordnung, Festschrift für WILLI GEIGER zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 45 ff.

KÜHNE, HANS-HEINER, Ausschluß der Öffentlichkeit im Strafverfahren, in: NJW 1971, 224 ff.

LAMPE, JOACHIM, Grenzen des Festhalterechts gegenüber vorgeführten Beschuldigten und Zeugen im Ermittlungsverfahren, in: MDR 1974, 535 ff.

- Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG, in: NJW 1975, 195 ff.

LARENZ, KARL, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe -, Heft 64 (1965).

LARENZ, KARL, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, 1 ff.

- Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für ERNST RUDOLF HUBER, Göttingen, 1973, S. 291 ff.

- Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für HEINRICH HENKEL zum 70. Geburtstag, Berlin - New York, 1974, S. 31 ff.

- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg - New York, 1975.

LAUSCHE, H.-J., Urteilsanmerkung (zu OLG Düsseldorf, 1 Ws 390/59 vom 25.11.1959, NJW 1960, 1404), in: NJW 1960, 1404 f.

LEIBHOLZ, GERHARD - RINCK, H.J., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Aufl., Köln, 1975.

LEIBHOLZ, GERHARD - RUPPRECHT, REINHARD, Bundesverfassungsgerichtsgesetzkommentar, Rechtsprechungskommentar, Köln-Marienburg, 1968.

LENZ, HELMUT, Buchbesprechung: SCHUMANN, EKKEHARD, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin, 1963 (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 11), in: JZ 1965, 589 f.

LERCHE, PETER, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", in: ZZP 78 (1965), S. 1 ff.

LIEB, MANFRED - WESTHOFF, STEFAN, Voraussetzungen und Abgrenzung von richterlicher Inhaltskontrolle und Rechtsfortbildung (Methodische Überlegungen aus Anlaß des sog. Unverfallbarkeitsurteils des BAG vom 10.3.1972), in: DB 1973, 69 ff.

LÖBBECKE, BERNFRIED von, Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, Dissertation Nürnberg, 1972.

LÖHR, HOLLE EVA, der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht, Berlin, 1972.

LÖW, KONRAD, Dauerproblem Verfassungsbeschwerde, in: DVBl. 1973, 941 ff.

LÖWE, E., Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze, Berlin, 1879; 3. Aufl., Berlin und Leipzig, 1882.

LÖWE-ROSENBERG, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. I - III, 22. Aufl., von HANS DÜNNEBIER, WALTER GOLLWITZER, MAX KOHLHAAS, KARL HEINZ KUNERT, KARLHEINZ MEYER, WERNER SARSTEDT und KARL SCHÄFER, Berlin und New York, 1971 - 1974.

LÖWE-ROSENBERG, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 23. Aufl., fortlaufende Lieferungen, von HANS DÜNNEBIER, KARLHEINZ MEYER, KARL SCHÄFER, WALTER GOLLWITZER, LUTZ MEYER-GOßNER, GÜNTER WENDISCH, Berlin und New York, 1976/77.

LORENZ, DIETER, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.

- Grundrechte und Verfahrensordnungen, in: NJW 1977, 865 ff.

LÜKE, GERHARD, Die gerichtliche Nachprüfung von Justizverwaltungsakten, in: JuS 1961, 205 ff.

LÜTTGER, HANS, Der "genügende Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage, in: GA 1957, S. 192 ff.

LUHMANN, NIKLAS, Rechtssoziologie 1 und 2, Reinbeck/Hamburg 1972.

MAJEWSKI, OTTO, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Zur Problematik der sogenannten Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Berlin, 1971.

MALORNY, MICHAEL, Die Rechtswegzuweisung nach § 23 EGGVG, in: JA 1976, 325 ff.

MANG, JOHANN - MAUNZ, THEODOR - MAYER, FRANZ - OBERMAYER, KLAUS, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl., München, 1975.

MANSPERGER, JÜRGEN, Die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Problematik des polizeilichen Erkennungsdienstes (insbesondere die Rechtslage in Bayern), Dissertation Würzburg, 1971.

MARKWORTH, VOLKER, Rechtsschutz gegen eigenverantwortliche Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei, in: DVBl. 1975, 575 ff.

MARTENS, JOACHIM, Die Klagearten im Verwaltungsprozeß, in: DÖV 1970, 476 ff.

MAUNZ, THEODOR, Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 20. Aufl., München, 1975.

MAUNZ, THEODOR - DÜRIG, GÜNTER - HERZOG, ROMAN, Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, II, 4. Aufl., München, 1973.

MAUNZ, THEODOR - SIGLOCH, HEINRICH - SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno - KLEIN, FRANZ, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München 1972.

MAURER, HARTMUT, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Festschrift für EDUARD KERN, Tübingen, 1968, S. 275 ff.

MEDER, THEODOR, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, München, 1971.

MENGER, CHRISTIAN-FRIEDRICH, Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, in: VerwArch. 65 (1974), S. 195 ff.

MENNICKEN, AXEL, Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie. Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Band 4, Bad Homburg, v.d.H./Berlin/Zürich, 1970.

MENZEL, E., Verfassungsrang für die Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland? in: Festgabe für P. GUGGENHEIM, 1968, S. 573 ff.

MERZ, HANS, Auslegungs-, Lückenfüllung und Normberichtigung, in: AcP 1963 (1964), 305 ff.

MEYER, DIETER, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Polizei im Strafermittlungsverfahren - BayVGH, VerwRspr 18, 968 -, in: JuS 1971, 294 ff.

MEYER, MARKUS, Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozeß. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Aarau, 1962.

MICHALLEK, KLAUS-JÜRGEN, Die Durchsuchung von Personen. Eine strafprozessuale und kriminalistische Studie unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Dissertation Frankfurt am Main, 1969.

MICHEL, HELMUT, Die verfassungskonforme Auslegung, in: JuS 1961, 274 ff.

MORITZ, KARL-HEINZ, Vereinbarkeit des Vorführungsrechts der Staatsanwaltschaft mit Art. 104 gg, in: NJW 1977, 796.

MÜLLER, HERMANN, Einführung in das Strafprozeßrecht, Darmstadt, 1973.

MÜLLER, FRIEDRICH - PIEROTH, BODO - ROTTMANN, FRANK, Strafverfolgung und Rundfunkfreiheit. Eine Fallstudie zum strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht der Rundfunkangehörigen, Berlin, 1973.

MÜLLER-SAX (KMR), Kommentar zu Strafprozeßordnung, Bd. I, 6. Aufl., begründet von THEODOR KLEINKNECHT, H. MÜLLER, L. REITBERGER, Fortgeführt von HERMANN MÜLLER und WALTER SAX, Darmstadt, 1966.

MÜNCH, FRITZ, Zur Anwendung der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland, in: JZ 1961, 153 ff.

MÜNCH, INGO von, Grundgesetz - Kommentar, Bd. 1, Präambel bis Art. 20, herausgegeben von INGO von MÜNCH, München, 1975.

MUTIUS, ALBERT von, Garantiert Art. 19 IV GG Rechtsschutz gegen Bebauungspläne? in: VerwArch. 63 (1972), S. 207 f.

NAGLER, J., Das Zwischenverfahren, in: GS 111 (1928), S. 342 ff.

NAUMANN, RICHARD, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für WALTER JELLINEK, München, 1955, S. 391 ff.

- Die Verwaltungsgerichtsordnung, in: DÖV 1960, 201 ff.

- Rechtsweg - Gerichtsweg - Zuständigkeit, in: Hamburger Festschrift für FRIEDRICH SCHACK, Hamburg, 1966., S. 97 ff.

- Urteilsanmerkung (zu BVerwG, I C II/73 vom 3.12.1974, NJW 1975, 893 ff), in: DÖV 1975, 278 f.

NIESE, WERNER, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur Prozeßrechtslehre, Göttingen, 1950.

OBERMEYER, KLAUS, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover, 1956.

- Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, in: DVBl. 1965, 625 ff.

OETTL, GERHARD, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Berlin, 1971.

OLSCHEWSKI, BERND-DIETRICH, Rechtsschutz gegen Freiheitsentziehung durch Polizei, in: JR 1971, 89 ff.

OSSENBÜHL, FRITZ, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in: DÖV 1965, 649 ff.

- Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1976, 2100 ff.

OSTLER, FRITZ, Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger, in: JR 1959, 121 ff.

PAPIER, HANS-JÜRGEN, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "Einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, Tübingen, 1976, S. 432 ff.

PAPPERMANN, ERNST, Die Verteilung politischen Werbematerials auf öffentlichen Straßen, in: NJW 1976, 1341 ff.

PARTSCH, KARL JOSEF, Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin, 1966.

PAWLOWSKI, HANS-MARTIN, Ein neues Verfahren richterlicher Rechtsfortbildung? - Ein methodischer Kommentar zur Begründung des sog. Unverfallbarkeitsurteils des Bundesarbeitsgerichts vom 10.3.1972, in: ZFA 1974, 405 ff.

PEHLE, RUDOLF, Richterliche Rechtsfortbildung im gewerblichen Rechtsschutz, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe -, Heft 87 / 88 (1969), S. 1 ff.

PETERS, KARL, Urteilsanmerkung (zu BVerfG, 1 Bv 56/57 vom 13.2.1958, JZ 1958, 433 f), in: JZ 1958, 435.

- Strafprozeß - Ein Lehrbuch -, 2. Aufl., Karlsruhe, 1966.

- Urteilsanmerkung (zu BayObLG, 5 Ws (B) 21/70 vom 6.5.1970, JR 1970, 391 f), in: JR 1970, 292 f.

- Urteilsanmerkung (zu KG, 2 VAs 43/70 vom 8.9.1971, JR 1972, 297 ff), in: JR 1972, 300 f.

- Urteilsanmerkung (zu OLG Celle, 2 Ws 31/73 und 72/72, vom 41.1.1973, JR 1973, 339 ff), in: JR 1973, 341 ff.

- Der neue Strafprozeß, Karlsruhe, 1975.

PETRY, HORST, Beweisverbote im Strafprozeß, Darmstadt, 1971.

PFENNIG, GERO, Zur aktuellen Bedeutung des §§ 23 EGGVG, in: JA 1976, 321 ff.

PIECK, WERNER, Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren - Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention in seiner Bedeutung für das deutsche Verfahrensrecht -, Berlin, 1966.

PLÖTTNER, OLAF, Die Beschwer des Angeklagten im Rechtsmittelverfahren, Dissertation Freiburg im Breisgau, 1973.

POTRYKUS, GERHARD, Über den Anspruch auf Beseitigung von ED-Unterlagen, in: Die Polizei 1966, 104 ff.

PRÜMM, HANS-PAUL, Verfassungskonforme Auslegung - BVerfGE 35, 263 -, in: JuS 1975, 299 ff.

RAETHER, JOACHIM, Das Prinzip des Rechtsstaats in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Oberen Bundesgerichte, Dissertation Hamburg, 1967.

RAHLF, JOACHIM, Die Rangfolge der Interpretationsmittel, in: Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, von EIKE von SAVIGMY unter Mitarbeit von ULFRIED NEUMANN und JOACHIM RAHLF, München, 1976, S. 14 ff.

RAHN, D., Besteht eine Mitteilungspflicht gem. § 308 StPO auch in den Fällen der Außervollzugsetzung einer Entscheidung gem. § 307 Abs. 2 StPO? in: NJW 1959, 1167 f.

RASEHORN, THEO, Die verspätete Vernehmung des Beschuldigten in Verkehrsübertretungsverfahren, in: NJW 1964, 576 ff.

RENCK, LUDWIG, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen - BVerwG, DÖV 1965, 169 -, in: JuS 1966, 273 ff.

RIETDORF, FRITZ - HEISE, GERD - BÖCKENFÖRDE, Dieter - STREHLAU, BERT, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart, München, Hannover 1972.

RÖHL, HELLMUT, Der Rechtsschutz des Gefangenen, in: JZ 1954, 65 ff.

- Die Anhörung des Beschwerdegegners im Strafprozeß, in: MDR 1955, 522 ff.

- Das rechtliche Gehör, in: NJW 1958, 1268 ff.

- Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde nach § 91 a BVerfGG verworfen werden? in: NJW 1959, 2052.

- Das rechtliche Gehör, in: NJW 1964, 273 ff.

ROXIN, CLAUS, Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft (Vortrag anläßlich einer Feier zum 100jährigen Bestehen der Hamburger Staatsanwaltschaft), in: DRiZ 1969, 385 ff.

RÜPING, HINRICH, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin, 1976.

RUPP, HANS, Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem, in: ZZP 82 (1969), S. 1 ff.

RUPP, HANS HEINRICH - HANNACK, ERNST-WALTER, Zur Kontrolle des Verteidigers beim Besuch von Untersuchungshäftlingen, Besprechung zum Beschluß des KG vom 4.11.1970 - 2 VAs 41/70 - , in: JR 1971, 173 ff.

RUPPRECHT, REINHARD, Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde, in: JR 1970, 207 ff.

RUSCHEWEYH, HERBERT, Gedanken zum Rechtsweg in Justizverwaltungsangelegenheiten, in: DVBl. 1958, 686 ff.

SAAGE-GÖPPINGER, Freiheitsentziehung und Unterbringung mit Unterbringung psychisch Kranker und Suchtkranker. Kurzkommentar, begründet von ERWIN SAAGE, fortgeführt von HORST GÖPPINGER, 2., völlig neu bearbeitete Auflage München, 1975.

SÄCKER, HORST, Das Bundesverfassungsgericht, Status - Funktion - Rechtsprechungsbeispiele, München, 1975.

SAMPER, RUDOLF, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, München, 1965.

SAMPER, RUDOLF, Urteilsanmerkung (zu BayVGH, Urteil vom 15.11.1966 Nr. 15 V 66, Bayr.Vw.Bl. 1967, 97 f), in: Bayr.Vw.Bl. 1967, 98 f.

SAUER, WILHELM, Juristische Methodenlehre - Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften, Stuttgart, 1940 (Neudruck: Aalen 1970).

SAX. WALTER, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, herausgegeben von KARL AUGUST BETTERMANN, HANS CARL NIPPERDEY und ULRICH SCHEUNER, Dritter Band, 2. Halbband, 2. Aufl., Berlin 1972, S. 909 ff.

SCHACK, FRIEDRICH, Die verfassungskonforme Auslegung, in: JuS 1961, 269 ff.

SCHÄFER, HANS, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe, 1963, S. 159 ff.

SCHENKE, WOLF RÜDIGER, Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei, in: VerwArch. 60 (1969), 332 ff.

- Urteilsanmerkung (zu BVerfGG, I C 11/73 vom 3.12.1974) in: NJW 1975, 1529 f.

- Rechtsschutz bei strafprozessualen Eingriffen von Staatsanwaltschaft und Polizei, in: NJW 1976, 1816 ff.

SCHIEDEMAIER, RUDOLF, Einführung in das Bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961.

SCHMIDT, WERNER, Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß, Frankfurt/Main, 1967.

SCHMIDT, EBERHARD, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II: Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Göttingen, 1957.

- Urteilsanmerkung (zu SchlHOLG, Ss 13/57 vom 17.4.1957, JZ 1958, 374) in: JZ 1958, 375.

- Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund, in: JZ 1958, 596 f.

- Urteilsanmerkung (zu BGH, 5 StR 304/58 vom 16.9.1958, JZ 1959, 31), in: JZ 1959, 31 f.

- Probleme der richterlichen Verantwortung, Vortrag, gehalten auf dem Deutschen Richtertag in Kassel am 18. Oktober 1963, in: DRiZ 1963, 376 ff.

- Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen, 1964.

SCHMIDT, EBERHARD, Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde, in: MDR 1964, 629 ff und 713 ff.

- Deutsches Strafprozeßrecht, Ein Kolleg, Göttingen, 1967.

- Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (Strafprozeßordnung), Nachtragsband I (StPO), Göttingen, 1967.

- Der Vorführungsbefehl des Ermittlungsrichters - Androhung und Vollzug, in: JZ 1968, 354 ff.

- Festnahmen zum Schutz von Amtshandlungen bei Widersetzlichkeiten und Störungen (§ 164 StPO), in: NJW 1969, 393 ff.

- Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, in: Strafprozeß und Rechtsstaat, Strafprozeßrechtliche Aufsätze und Vorträge (1952 - 1969), Göttingen, 1970, S. 113 ff.

- Ärztliche Mitwirkung bei Untersuchungen und Eingriffen nach StPO §§ 81 a und 81 c, in: MDR 1970, 461 ff.

SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno - KLEIN, FRANZ, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied und Berlin, 1973; 4. Aufl., 1977.

SCHMIDT-LEICHNER, ERICH, Das neue Recht im Strafverfahren, in: NJW 1965, 1309 ff.

- Urteilsanmerkung (zu BGH, 1 St R 26/66 vom 5.4.1966 und 2 St R 160/66 vom 22.6.1966, NJW 1966, 1718 und 1719), in: NJW 1966, 1718 f.

- Strafverfahrensrecht 1975 - Fortschritt oder Rückschritt? in: NJW 1975, 417 ff.

SCHNEIDER, EGON, Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung im Zivilprozeß, in: DRiZ 1965, 288 ff.

SCHNEIDER, RUDOLF, Das Rechtsschutzbedürfnis im Verfahren der Verfassungsbeschwerde, in: ZZP 79 (1966), S. 1 ff.

SCHNICKMANN, ULRIKE, Das Vorführungsrecht der Staatsanwaltschaft und seine Vereinbarkeit mit Art. 104 GG, in: MDR 1976, 363 ff.

SCHNUPP, GÜNTHER, Staatsanwaltschaft und Polizei, in: DöD 1973, S. 21 ff.

SCHÖNEBORN, CHRISTIAN, Die strafprozessuale Beweisverwertungsproblematik aus revisionsrechtlicher Sicht, in: GA 1975, 33 ff.

SCHOLLER, HEINRICH - BROß, SIEGFRIED, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe, 1975.

SCHOLZ, RUPERT, Arbeitsverfassung und Richterrecht, in: DB 1972, 1771 ff.

SCHORN, HUBERT, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Neuwied am Rhein, Berlin-Spandau, 1963.

SCHUBARTH, MARTIN, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft. Eine Analyse der schweizerischen Strafprozeßgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Berlin, 1973.

SCHULTZ, GÜNTHER, Blick in die Zeit, in: MDR 1952, 727 f.

SCHUMANN, EKKEHARD, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin, 1963.

SCHÜTZ, HANS, Das rechtliche Gehör bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung, in: NJW 1961, 582 ff.

SCHWABE, JÜRGEN, Urteilsanmerkung (zu BVerfG 1 Bv R 112/65 vom 14.2.1973, DVBl. 1973, 784 ff), in: DVBl. 1973, 788 ff.

SEIDEL, PETER, Der Rang der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Mitgliedstaaten, in: DVBl. 1975, 747 ff.

SESSAR, KLAUS, Empirische Untersuchungen zu Funktionen und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, in: ZStW 87 (1975), S. 1033 ff.

SEUFFERT, WALTER, Zu Fragen der Verfassungsbeschwerde, in: AnwBl. 1968, 298 ff.

SIEGERT, KARL, Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, Berlin 1929.

SPANNER, HANS, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 91 (1966), S. 503 ff.

- Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, Tübingen, 1976, S. 374 ff.

SPECKMANN, WERNER, Zur Praxis der Dreier-Ausschüsse nach § 93 a BVerfGG, in: JZ 1970, 213.

STEINKE, WOLFGANG, Der Rechtsschutz gegen polizeiliche Maßnahmen, in: Kriminalistik 1976, 6 f.

STENGLEIN, M. Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Stuttgart, 1887.

STEPHAN, BODO, Rechtsschutzbedürfnis auch im Strafprozeß? - Zum Begriff der strafprozessualen Wiederholung, in: NJW 1966, 2394 f.

- Das Rechtsschutzbedürfnis, Eine Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses, Berlin, 1967.

STERN, KLAUS, Urteilsanmerkung (zu BVerfG, 1 Bv L 149/52 vom 11.6.1958, BVerfGE 8, 28 ff), in: NJW 1958, 1435.

STOCK, ULRICH, Strafprozeßrecht, Ein Grundriß, Tübingen, 1952.

STRUBEL, BERND JOCHEN - SPRENGER, WOLFGANG, Die gerichtliche Nachprüfbarkeit staatsanwaltschaftlicher Verfügungen, in: NJW 1972, 1734 ff.

SÜSTERHENN, ADOLF, Die Eurpäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: DVBl. 1955, 753 ff.

THOMAS, JÜRGEN, Erkennungsdienstliche Maßnahmen der Polizei, in: Bayr.Vw.Bl. 1969, 50 f.

TIETGEN, WALTER, Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, in: NJW 1956, 1129 ff.

TITZCK, RUDOLF, Die Zulässigkeit von landesgesetzlichen Rechtsmittelbeschränkungen im Verwaltungsstreitverfahren, in: MDR 1953, 397 ff.

ULE, CARL HERMANN, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: BRAUCHITSCH, M. v., Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I, Halbband 2, 2. Aufl., Köln 1962.

- Verwaltungsprozeßrecht, Ein Studienbuch, 6. Aufl., München, 1975.

ULE-RASCH, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, bearbeitet von CARL HERMANN ULE und ERNST RASCH, in BRAUCHITSCH, M. v., Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. III, 1. Halbband, Köln, Berlin, Bonn, München, 1965.

ULLMANN, EMANUEL, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München, 1893.

VEIT, WOLFGANG, Die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen, Frankfurt/Main, 1971.

VÖLLMECKE, JÜRGEN, Abhilfe in Beschwerdesachen, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1976, 56 ff.

VOGEL, HANS-JOACHIM, Abdruck der Ausführungen von VOGEL (Bulletin der Bundesregierung 1974, S. 632), in: DRiZ 1974, 235 f.

VOGEL, KLAUS, Offensichtlich unbegründet, in: JZ 1969, 801.

WAGNER, WALTER, Zur Weisungsgebundenheit der Staatswälte, in: NJW 1963, 8 ff.

- Der objektive Staatsanwalt - Idee und Wirklichkeit, in: JZ 1974, 212 ff.

WALDOWSKI, HANS-JÜRGEN, Durchsuchung und Beschlagnahme in der Anwaltskanzlei, in: AnwBl. 1975, 106 ff.

WALTHER, EDELBERT, Verwirkung von Verfahrensrügen? Dissertation Münster, 1960.

WEBER, WERNER, Über die Verläßlichkeit des Grundgesetzes, in: Standorte im Zeitstrom, Festschrift für ARNOLD GEHLEN zum 70. Geburtstag am 29. Januar 1974, Frankfurt, 1974, S. 393 ff.

WELP, JÜRGEN, "Vereinfachter" Geheimnisschutz im Strafverfahren? in: JZ 1972, 423 ff.

- Urteilsanmerkung (zu OLG Hamburg - 2 Ws 386/72 - vom 11.10.1+72, JZ 1973, 288 f), JZ 1973, 289 f.

- Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 29. Abhandlung, Heidelberg, 1974.

- Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 457/458, Tübingen, 1976.

- Rezension (KNUT AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Berlin, 1976), in: GA 1977, 124 f.

WESSELS, JOHANNES, Zur Vollstreckung von Ordnungsstrafen in Strafsachen, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für HELMUTH MAYER zum 70 Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin 1966, S. 587 ff.

WINTERFELD, ACHIM von, Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, in: NJW 1962, 849 ff.

WINTRICH, J. M., Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, in: Bayr.Vw.Bl. 1957, 137 ff.

WINTRICH, JOSEF - LEICHNER, HANS, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von KARL AUGUST BETTERMANN, HANS CARL NIPPERDEY und ULRICH SCHNEUNER, Dritter Band, 2. Halbband, 2. Aufl., Berlin, 1972, S. 643 ff.

WOESNER, HORST, Die Gegenvorstellung im Strafverfahren, in: NJW 1960, 2129 ff.

WOLFF, HANS-JULIUS, Verwaltungsrecht II, 3. Aufl., München 1970.

WOLFF, HANS-JULIUS - BACHOF, OTTO, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München, 1974.

ZACHER, HANS F., Die Selektion der Verfassungsbeschwerden. Die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, Tübingen, 1976, S. 396 ff.

ZEUNER, ALBRECHT, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Festschrift für HANS CARL NIPPERDEY zum 70. Geburtstag, Bd. I, München und Berlin, 1965, S. 1013 ff.

ZIMMERMANN, Ein neuer Verfahrenstyp in der freiwilligen Gerichtsbarkeit? in: Der Deutsche Rechtspfleger 1962, 42 ff.

ZUCK, RÜDIGER, Die Erledigung des Rechtsstreits im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: ZZP 78, (1965), 323 ff.

- Zur Reform des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, in: ZRP 1973, 233 ff.

E I N L E I T U N G

I. Problemstellung

Insbesondere wegen der vom Grundgesetz ausgehenden Impulse auf die Ausgestaltung einfachgesetzlicher Verfahrensordnungen ist dem Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen in neuerer Zeit größere Beachtung zuteil geworden. Da die Strafprozeßordnung vielfach betrachtet wird als eine "Art Anführungsgesetz zum Grundgesetz"[1] oder als "angewandtes Verfassungsrecht"[2], wird den hierin enthaltenen Rechtsschutzregelungen eine besonders kritische Aufmerksamkeit dahingehend geschenkt, ob sie dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Standard entsprechen.

Die Strafverfahrensordnung gesteht Richtern, Staatsanwälten und Polizeibeamten Befugnisse zu, die diese ermächtigen, in grundgesetzlich geschützte Rechte des Bürgers einzugreifen. Obwohl unter der Herrschaft des Grundgesetzes in jedem Fall der Anordnung eines strafprozessualen Eingriffs die Gefahr einer Verletzung von Grundrechten naheliegt, ist die Rechtsschutzkonzeption der Strafprozeßordnung seit Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1.10.1879 im wesentlichen unverändert geblieben. Die Rechtsschutzregelung der Strafprozeßordnung beschränkt sich bei richterlichen Anordnungen auf das dem Betroffenen zuerkannte Rechtsmittel der Beschwerde, §§ 304 ff StPO. Bei staatsanwaltschaftlich oder polizeilich

---

[1] Vgl. KOHLMANN, Der Anspruch des Beschuldigten auf schnelle Durchführung des Ermittlungsverfahrens, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 501 (508).

[2] BVerfGE 32, 373 (383); PETERS, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, S. 24 ff.

veranlaßten Anordnungen kann der Bürger nicht auf eine zentrale Rechtsschutzbestimmung zurückgreifen. Rechtsschutz bietet die Strafprozeßordnung insoweit nur an, als einer speziellen Eingriffsnorm eine eigene Rechtsschutzregelung beigegeben ist. Sie ist in der Strafverfahrensordnung nur vereinzelt anzutreffen, etwa in § 98 Abs. 2 S. 2 oder § 132 Abs. 3 S. 2 StPO. Soweit spezielle Rechtsbehelfe, wie etwa bei den Anordnungen gemäß den §§ 81 a, 81 b oder 81 c StPO, gesetzlich nicht vorgesehen sind, herrscht Unklarheit, ob überhaupt und bejahendenfalls wie dem von einem solchen Eingriff Betroffenen Rechtsschutz gewährt werden kann.

Darüber hinaus drängt sich für alle nach der Strafprozeßordnung zulässigen Eingriffsnormen das Problem des Rechtsschutzes in ganz besonderem Maße dann auf, wenn die Untersuchungshandlung heimlich angeordnet und schnell vollzogen worden ist, daß der Betroffene aus rein tatsächlichen Gründen gar nicht die Möglichkeit hatte, vor Abschluß der Maßnahme noch ein Gericht um Rechtsschutz anrufen zu können. Diese den Bürger benachteiligende Situation stellt sich in der Regel bei solchen strafprozessualen Eingriffen ein, die typischerweise materiell beendet und prozessual erledigt sind[1], bevor der Betroffene seine Rechte geltend machen kann. In diese Kategorie strafprozessualer Untersuchungshandlungen gehört zum Beispiel die Fernmeldeüberwachung, §§ 100 a, 100 b StPO, deren unmittelbare Eingriffsfolgen grundsätzlich bereits zum Zeitpunkt der Benachrichtigung, § 101 StPO, an den von dem Eingriff Betroffenen völlig abgeschlossen sind[2]. Wollte der Bürger gleichwohl

---

[1] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 92 und 116.

[2] Vgl. WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 92, 116.

noch seine Rechte geltend machen, so könnte er den Eingriff selbst gerichtlich weder rückgängig machen noch aufheben lassen; festgestellt werden könnte allenfalls die Illegalität des geschehenen Eingriffs. Diese Rechtsschutzmöglichkeit setzte aber die Statthaftigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles im Rahmen der Strafprozeßordnung voraus und diente lediglich noch einem ideellen Rechtfertigungsinteresse des Betroffenen[1].

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, aufzuzeigen, ob und inwieweit die Strafverfahrensordnung ein solches Rechtsschutzbegehren zuläßt, oder ob der betroffene Bürger etwa zur Erreichung eines feststellenden Rechtsschutzzieles in eine andere Verfahrensordnung ausweichen muß oder kann.

II. Gegenstand der Untersuchung

1. Der Begriff der strafprozessualen Untersuchungshandlung im Rahmen dieser Untersuchung

Dem Begriff der "strafprozessualen Untersuchungshandlung" unterfallen im folgenden die zu Zwecken der Strafverfolgung vorgenommenen Eingriffe stattlicher Organe, die diese auf Grund ausdrücklich in der Strafprozeßordnung niedergelegter Ermächtigungsnormen haben anordnen können. Angesprochen sind hiermit diejenigen Maßnahmen, die der Verfahrensförderung dienen, also etwa Haussuchung oder Beschlagnahme eines Beweisobjekts, wie auch die zur Verfahrenssicherung ergehenden Eingriffe, die äußere Störungen

---

[1] Zog der Eingriff eine Vermögensschädigung des Bürgers nach sich, so kann er zur Wiedergutmachung eines solchen Schadens auf das Gesetz über Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen vom 8.3.1971 (BGBl. I 157) oder auf das allgemeine Staatshaftungsrecht verwiesen werden; solche vermögensrechtlichen Ansprüche sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

bei Amtshandlungen im Sinne des § 164 StPO abwehren sollen.

Unberücksichtigt bleiben dagegen in der vorliegenden Untersuchung die den Untersuchungshaftvollzug regelnden Anordnungen ebenso wie die der Sicherung der Vollstreckung dienenden Maßnahmen, wie zum Beispiel der Vollstreckungshaftbefehl gemäß § 457 StPO. Ausgeschlossen sind auch die Eingriffe, die der Sicherstellung von Gegenständen dienen, weil diese nach aller Voraussicht der Einziehung oder dem Verfall anheimfallen werden, § 111 b StPO, wie auch diejenigen, die zu präventiven Zwecken und zum Schutze der Allgemeinheit ergehen; gemeint sind Maßnahmen gemäß §§ 111 a, 112 a, 126 a, 132 a StPO. Ausgeklammert werden schließlich diejenigen Anordnungen, die nicht eine prozessual selbständige Sachentscheidung darstellen, sondern in Erfüllung eines Beschlusses ergehen. Hierzu zählen Eingriffe, die der Staatsanwalt zur Durchführung eines richterlichen Beschlusses im Sinne des § 36 Abs. 1 StPO anordnet und vollzieht. Letzteres ist reine Vollstreckungstätigkeit[1] und daher nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

Die nach dieser Definition im folgenden zu prüfenden Untersuchungshandlungen können im Ermittlungs- wie im Hauptverfahren angeordnet werden. Sie erfassen sowohl die Anordnung des Eingriffs wie auch deren Durchführung. Ein mögliches Rechtsschutzverlangen des Bürgers kann sich also richten auf die Anordnung selbst wie auch auf die Art und Weise des Vollzugs dieser Anordnung, also auf den bloßen tatsächlichen Vollzugsakt[2].

---

[1] ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (106).

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 14/15, 25 f; ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (106).

2. Erscheinungsformen der Erledigung strafprozessualer Untersuchungshandlungen

Auszuführen ist nunmehr, welche Bedeutungsmöglichkeiten dem allgemein gehaltenen Begriff der Erledigung zu entnehmen sind. Die Erledigung einer strafprozessualen Untersuchungshandlung ließe sich als in mehreren Erscheinungsformen verwirklicht darstellen.

a) Rücknahme einer bereits dem Betroffenen bekanntgemachten Anordnung vor Vollzug der Maßnahme

In Betracht kommt eine solche Anordnung, die dem Betroffenen zuvor bekanntgemacht worden, zu deren Durchführung es aber durch vorherige Aufhebung der Anordnung nicht mehr gekommen ist. So kann z.B. eine Anordnung auf Unterbringung in einer Nervenheilanstalt zur Beobachtung ergehen, § 81 Abs. 1 StPO, die dann vor Vollzug dieser Anordnung wieder rückgängig gemacht wird.

b) Rückgängigmachen einer bereits in Vollzug gesetzten, aber noch andauernden Anordnung

Dieser Erscheinungsform unterfallen Anordnungen, die bereits zu einem Vollzug geführt haben, wobei aber die die Durchführung begründende und rechtfertigende Anordnung später weggefallen, weil aufgehoben worden ist. In diesem Zusammenhang ist an die Aufhebung von Beschlagnahmeanordnungen zu denken, die bereits zu einer Inverwahrungsnahme von Gegenständen geführt haben, die dann auf Grund der Aufhebung dieser Beschlagnahme wieder an die Betroffenen herausgegeben worden sind.

c) Aufhebung der vollständig zum Abschluß gebrachten Maßnahme

Von Bedeutung für die vorliegende Untersuchung ist insbesondere die Anordnung, die bereits durchgeführt und zu einem vollständigen Abschluß gelangt ist. Als Beispiel sei die Haussuchung genannt, die sich - abgestellt auf den bloßen Vollzug - in ihrer bloßen Realisierung bereits vollständig erschöpft[1].

d) Vorliegen einer prozessualen Überholung

Die Erledigung kann schließlich eintreten bei Annahme einer sogenannten prozessualen Überholung[2].

Dieser Begriff besagt, daß bestimmte prozessuale Handlungen und Erklärungen nur innerhalb bestimmter Prozeßabschnitte sinnvoll sind, und daß sie infolge Vorrückens des Prozesses ihre Bedeutung verlieren[3]. Vornehmlich anzutreffen ist dieser Begriff im Strafprozeßrecht[4], da der Strafprozeß

---

[1] PETERS, JR 1973, 341; vgl. auch AMELUNG, ZZP 88 (1975), 74 (80).

[2] Der Begriff der "prozessualen Überholung" wurde geprägt von von KRIES, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S. 459, 698/699; vgl. allgemein hierzu außerdem GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, insbesondere S. 520; SIEGERT, Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, 1929, S. 101/102, 168 f, 177/178; NIESE, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 67; STEPHAN, Das Rechtsschutzbedürfnis, 1967, insbesondere S. 68 ff; SCHMID. Die 'Verwirkung" von Verfahrensrügen im Strafprozeß, 1967, S. 153 (insbesondere Fn. 1 auf S. 153 mit umfangreichen Nachweisen aus dem Bereich der strafprozessualen Beschwerde, §§ 304 ff StPO); WALTHER, Verwirkung von Verfahrensrügen? Diss., 1960, S. 80 f; von LÖBBECKE, Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, Diss. 1972, S. 54 f.

[3] PETERS, JR 1973, 341 (342); STEPHAN, NJW 1966, 2394 (2395).

[4] Vgl. GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 520; SIEGERT, Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, 1929, S. 102.

nach herkömmlichem Rechtsverständnis als ein Gebilde verstanden wird, das sich "in fest voneinander geschiedenen Lagen fortentwickelt, und wo jeder Eintritt in eine neue Lage präklusivische Wirkungen äußert"[1] und das "der nunmehrigen Vornahme der Prozeßhandlungen keinen Raum mehr bietet"[2].

---

[1] GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 520.

[2] von KRIES, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S. 459; vgl. auch STEPHAN, NJW 1966, 2394 (2395).

ERSTER TEIL

Rechtsschutz gegen nichtrichterlich angeordnete und erledigte Anordnungen

A. Überblick über den Personenkreis, der strafprozessuale Untersuchungshandlungen anordnen kann

I. Die Staatsanwaltschaft

Im Rahmen dieser Untersuchung ist insbesondere an die Staatsanwaltschaft gedacht, also an die staatliche Behörde, die in erster Linie zur Strafverfolgung berufen und verpflichtet ist, §§ 160, 161 StPO.

II. Die Polizei

Der Aufgabenkreis der Polizei im Rahmen dieser Untersuchung ergibt sich aus § 163 Abs. 1 StPO[1], wonach die Polizei alle die "keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen hat, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten"[2].

Gemäß § 163 Abs. 1 StPO hat die Polizei das Recht[3] und die Pflicht[3] des sogenannten ersten Zugriffs, sobald "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte"[4] bestehen, die auf eine Straftat schließen lassen.

---

[1] Vgl. KRÜGER, Die Polizei, 1976, 209.

[2] Aus § 163 Abs. 1 StPO lassen sich aber nach ganz herrschender Meinung keine Zwangsbefugnisse der Polizei herleiten; vielmehr wird durch diese Bestimmung der Polizei lediglich ihre Aufgabe bei der Ermittlung strafbarer Handlungen zugewiesen (vgl. HOFFMANN, DVBl. 1967, 751 (753 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 22)).

[3] BVerwG, NJW 1975, 893 (894); vgl. auch KRÜGER, Die Polizei 1976, 209.

[4] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 und 1 C zu § 163 StPO; KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 zu § 160 StPO.

Dieser Verfolungszwang besteht zwar in gleicher Weise für die Staatsanwaltschaft[1]. Da aber entgegen der rechtlichen Regel in der Praxis die Polizei (zunächst) die Anfangsermittlungen führt, wird sie auch selbständig tätig und übersendet erst nach Abschluß der Ermittlungen die Akten der Staatsanwaltschaft, § 163 Abs. 2 StPO. Gleichwohl wird die Polizei insoweit lediglich als "verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft"[2] tätig.

III. Die Finanzbehörde und die Zoll- und Steuerfahndungsstellen

Darüber hinaus ist die Finanzbehörde, also das Finanzamt, das Hauptzollamt oder das Bundesamt für Finanzen, § 386 Abs. 1 S. 1 AO, bei Verdacht einer Steuerstraftat grundsätzlich Ermittlungsbehörde an Stelle der Staatsanwaltschaft und erledigt dann die im Rahmen dieser Ermittlungen anfallenden Aufgaben selbständig, § 399 Abs. 1 AO[3].

Gemäß § 404 AO haben die Beamten der Zollfahndungsstellen und die mit der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden im Strafverfahren wegen Steuerstraftaten die Stellung von Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft und können auch von deren in der Strafprozeßordnung niedergelegten Befugnissen Gebrauch machen, § 386 Abs.2 AO, § 385 Abs.1 AO in Verbindung mit § 399 Abs. 1 AO[3].

---

[1] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 und 1 C zu § 163 StPO; KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 zu § 160 StPO.

[2] BVerwG, NJW 1975, 893 (894).

[3] Vgl. Einzelheiten bei KLEIN/ORLOPP, AO, 1977, §§ 385 ff AO.

B. Zuständigkeit der Ermittlungsbehörden für Eingriffe

I. Überblick über die sich aus der Strafprozeßordnung ergebenden Kompetenzen

Die Kompetenzen der hier aufgeführten Ermittlungsbehörden ergeben sich aus der Strafprozeßordnung. Sie lassen sich in zwei Hauptgruppen untergliedern. So verfügen diese Ermittlungsbehörden einmal über ihnen originär zugestandene Kompetenzen; zum anderen werden ihnen Befugnisse eingeräumt, die ihnen nur ersatzweise und zwar nur bei Vorliegen von "Gefahr im Verzug" bzw. "Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung" zustehen. Diese abgeleiteten Befugnisse sind Gegenstand des Dritten Teils dieser Untersuchung.

II. Originär den Strafverfolgungsorganen auf Grund der Strafprozeßordnung ausdrücklich zugestandene Zwangsbefugnisse

Dem Staatsanwalt steht die Befugnis zu, das Erscheinen von Zeugen und Sachverständigen vor ihm notfalls zwangsweise durchzusetzen sowie den Zeugen gegebenenfalls mit Zwangsmitteln zur Aussage anzuhalten, §§ 161 Abs. 2 in Verbindung mit 51, 70 und 77 StPO. Ebenso kann der Beschuldigte durch Anordnung der Staatsanwaltschaft zwangsweise vorgeführt werden, § 163 a Abs. 3 S. 2 StPO in Verbindung mit §§ 133, 134 StPO[1]. Darüber hinaus

---

[1] Vgl. zum staatsanwaltschaftlichen Vorführungsrecht ENZIAN, JR 1975, 277 ff und den Aufsatz von SCHNICKMANN, MDR 1976, 363 ff, die zu dem Ergebnis gelangen, das staatsanwaltschaftliche Vorführungsrecht genüge den Anforderungen des Art. 104 Abs. 2 GG nicht, weil der Vollzug des Vorführungsbefehls nicht lediglich eine Freiheitsbeschränkung, sondern eine Freiheitsentziehung sei.

wird, um eine wirksamere Bekämpfung insbesondere der Wirtschaftskriminalität zu gewährleisten[1], der Staatsanwaltschaft die Befugnis zugestanden, die beschlagnahmten Papiere ohne Rücksicht auf eine Unterscheidung in Privat- oder Geschäftspapiere durchzusehen, § 110 StPO. Einen Steckbrief kann die Staatsanwaltschaft gemäß § 131 Abs. 1 StPO erlassen. Zur Anordnung der Festnahme gemäß § 164 StPO ist jeder Beamte befugt, der die jeweilige Amtshandlung leitet[2,3].

Strafverfahrensrechtliche Ermittlungshandlungen erkennungsdienstlicher Art können Polizei wie auch

---

[1] Vgl. LAMPE, NJW 1975, 195 ff (197).

[2] Vgl. PETERS, Strafprozeß, 2. Auf 1966, S. 352.

[3] Streitig ist dagegen, ob dieses strafprozessuale Zwangsmittel nur außerhalb eines Amtsgebäudes (so GEERDS, Über die Festnahme von Störern nach § 164 StPO, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, S. 517 ff (529), der für entsprechende Maßnahmen innerhalb eines Amtsgebäudes gegenüber Störern die Geltendmachung des Hausrechts für ausreichend hält; MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 1 zu § 164 StPO), oder ob es auch innerhalb von Amtsgebäuden angewendet werden kann (so KLEINKNECHT, StPO, Anm. 2 zu § 164 StPO; KOHLHAAS in Löwe-Rosenberg, StPO, 22 Aufl. 1971, Anm. 1 zu § 164 StPO; BAUMANN, die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1971, S. 525 ff (537)); vgl. insbesondere EB. SCHMIDT, NJW 1969, 393 (394), der m. E. zu Recht darauf hinweist, daß die mit § 164 erzielbaren Effekte wie Festnahme oder Festhaltung bis zum nächsten Tag im Zuge der Ausübung des Hausrechts nicht erreichbar seien; eine Einschränkung im Sinne der gegenteiligen Meinung legt ferner nicht das Tatbestandsmerkmal "an Ort und Stelle" nahe.

Staatsanwaltschaft anordnen, § 81 b StPO[1]. Die jeweilige Zuständigkeit hierzu ist davon abhängig, wer von ihnen die Leitung des Verfahrens innehat[2]. In der Regel erläßt aber die Polizei diese erkennungsdienstlichen Maßnahmen, da sie in der Mehrzahl der Fälle von ihrem Recht des ersten Zugriffs Gebrauch macht[3].

Auch haben die Strafverfolgungsorgane die Befugnis, anläßlich einer Durchsuchung vorgefundene Gegenstände, die auf die Verübung einer anderen Straftat hindeuten, einstweilen in Beschlag zu nehmen, § 108 StPO[4].

Dieselben Befugnisse wie der Staatsanwaltschaft stehen dem Finanzamt zu, soweit es das Ermittlungsverfahren wegen einer Steuerstraftat selbständig durchführt, §§ 386 Abs. 2, 385 Abs. 1 AO, sowie gemäß § 404 AO den Zoll- und Steuerfahndungsstellen und ihren Beamten, sofern nicht ausschließlich dem Finanzamt vorbehaltene Befugnisse entgegenstehen[5].

---

[1] Vgl. MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 2, 12 zu § 81 b StPO: angesprochen ist also die erste Alternative des § 81 b StPO. Soweit die Maßnahmen lediglich zu erkennungsdienstlichen Zwecken vorgenommen werden, also rein präventiver Art sind, kann der Betroffene das Verwaltungsgericht anrufen (dieser Rechtsweg entspricht der herrschenden Meinung: vgl. etwa BVerfGE 16, 89 (94); BVerwGE 11, 181 (182); 26, 169 (170); OVG Münster, NJW 1972, 2147; VGH Mannheim, NJW 1973, 1663 (1664); HOLLAND, JuS 1968, 559 ff (55§); GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 1977, S. 141; MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23 Aufl. 1976, Rdnr. 25 zu § 81 b StPO).

[2] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 8 zu § 81 b StPO.

[3] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 4 zu § 81 b StPO.

[4] Diese Befugnis ist unabhängig von dem ansonsten bei einer Durchsuchung/Beschlagnahme erforderlichen Vorliegen einer Gefahr im Verzuge (vgl. KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 zu § 108 StPO).

[5] KLEIN/ORLOPP, AO, 1977, Anm. 4 zu § 404 AO.

C. Rechtsschutz gegen originär den Ermittlungsbehörden zustehende Untersuchungshandlungen

C I. Rechtsschutz gegen Vorführungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft oder der Finanzbehörde

I. Einführung in die Rechtsschutzregelung der §§ 161 a und 163 a StPO

Mit Inkrafttreten des 1. Strafverfahrensreformgesetzes am 1.1.1975[1] ist der Staatsanwaltschaft[2] die Befugnis eingeräumt worden, Beschuldigte und Zeugen auf Grund einer Ladung zum Erscheinen zu verpflichten. Gemäß den für die Richter geltenden Vorschriften der §§ 133, 134, 51 StPO kann die Staatsanwaltschaft ihre Vorführung erzwingen. Diese Befugnisse stehen ihr auf Grund der §§ 161 a, 163 a StPO zu. Diese Bestimmungen sind Ausdruck des Bemühens des Gesetzgebers, das strafprozessuale Verfahren zu straffen und die Ermittlungstätigkeit - soweit verfassungsrechtlich möglich - auf die Staatsanwaltschaft zu konzentrieren[3]. Die hiernach der Staatsanwaltschaft eingeräumte Machtbefugnis, auf Grund originärer Anordnung in Freiheitsgrundrechte des Bürgers einzugreifen, stand vordem allein dem Ermittlungsrichter zu[4]. Die Besonderheit dieser Bestimmung ist folglich begründet in der zu Gunsten der Staatsanwaltschaft und zu Lasten der Richter

---

[1] BGBl. I 1975, S. 129 (160/161).

[2] Wenn auch im Verlaufe der vorliegenden Untersuchung nur auf die Staatsanwaltschaft Bezug genommen wird, so haben die hiernach herausgearbeiteten Ergebnisse gleichermaßen Bedeutung für entsprechende Eingriffsakte der Finanzbehörde, §§ 386 in Verbindung mit 385 Abs. 1, 399 AO.

[3] van ELS/HINKEL, NJW 1977, 85, 86.

[4] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 6.

vorgenommenen neuen Kompetenzabgrenzung. Die die bisherige richterliche Tätigkeit auszeichnende vorherige Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu einem bestimmten ermittlungstechnischen Zweck anzuordnenden Untersuchungshandlung ist damit weggefallen. Sie ist ersetzt und gleichzeitig vereinigt worden in der Hand des im Unterschied zum unabhängigen Richter weisungsgebundenen Staatsanwalt. Der ehedem geltende Grundsatz der Gewaltenteilung im Ermittlungsverfahren[1] ist nunmehr durchbrochen worden, da die Staatsanwaltschaft in Ansehung der sich aus den §§ 161 a, 163 a StPO ergebenden Befugnisse unbeschränkte Herrin des Ermittlungsverfahrens geworden ist.

Soweit die Staatsanwaltschaft hiernach eine Zwangsmaßnahme angeordnet hat, zu deren Veranlassung sie nach dem 1. Strafrechtsverfahrensgesetz befugt ist, entscheidet auf Antrag über die Rechtmäßigkeit einer solchen Anordnung das Gericht[2]. Gegen die Entscheidung der Staatsanwaltschaft auf Vorführung nach § 161 a Abs. 2 StPO, § 51 Abs. 1 S. 3 StPO steht dem Zeugen oder Sachverständigen der Gerichtsweg gemäß § 161 a Abs. 3 StPO offen. Die Rechtmäßigkeit der angeordneten Vorführung kann der hiervon betroffene Beschuldigte von einem Gericht überprüfen lassen, § 163 a Abs. 3 S. 3 in Verbindung mit § 161 a Abs. 3 S. 2 - 4 StPO.

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft 1976, S. 7.

[2] Vgl. LAMPE, NJW 1975, 195 (199); das zuständige Gericht ist dabei das jeweils zuständige Landgericht (vgl. KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 166).

II. Konsequenzen der Umverteilung der Kompetenz auf die Staasanwaltschaft in Bezug auf Art. 19 Abs. 4 GG

Wegen der Kompetenzumverteilung ist nun zu fragen, ob der hiermit einhergehende und in den §§ 161 a, 163 a StPO geregelte Rechtsschutz des Betroffenen den Anforderungen einer wirksamen rechtsstaatlichen Kontrolle genügt.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist dabei Art. 19 Abs. 4 GG. Dieser Artikel des Grundgesetzes gewährt dem von einem Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten Verletzten den Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in allen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Instanzen[1].

1. Die Staatsanwaltschaft als Teil der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG

Dieser Grundgesetzartikel kann vorliegend aber nur dann Bedeutung erlangen, wenn die Staatsanwaltschaft der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG unterfällt.

Das Problem der "staatsrechtlichen Stellung"[2] der Staatsanwaltschaft ist bis heute noch nicht hinreichend geklärt und ist weiterhin Gegenstand eingehender Erörterungen vornehmlich im Bereich des Schrifttums.

Angesprochen ist insbesondere die Frage, ob die Staatsanwaltschaft richtergleiche Tätigkeit und in Verfolg hiervon rechtsprechende Gewalt im Sinne des Art. 92 GG ausübt.

---

[1] Vgl. BVerfG, NJW 1976, 141.

[2] KALSBACH, Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1976, S. 7.

Letzteres wird vielfach bejaht[1]. Diese Meinung findet Widerhall und Ausdruck insbesondere in einer Veröffentlichung der Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund[2]. So ist nach Meinung der Kommission die Tätigkeit des Staatsanwalts - bedingt durch die Aufgabenverteilung im Strafverfahren - mit der des Richters eng verknüpft[3]. Diese Verzahnung finde zum Beispiel ihren Ausdruck einerseits in der Tätigkeit des Richters im Ermittlungsverfahren[4] oder andererseits in der Zustimmungsbedürftigkeit richterlicher Entscheidungen durch den Staatsanwalt[5].

Hieraus könne die Folgerung gezogen werden, daß die Tätigkeit von Richter und Staatsanwalt sich sehr

---

[1] Vgl. KAISER, NJW 1961, 200 (201); GÖBEL, NJW 1961, 856 (857); ARNDT, NJW 1961, 1615 (1617); GÖRCKE, ZStW 73 (1961), 561 ff (579); WAGNER, NJW 1963, 8 (9); KOHLHAAS, Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, 1963, S. 46 ff (46); vgl. neuerdings wiederum WAGNER, JZ 1974, 212 ff (insbesondere S. 218); GÖRGEN, ZRP 1976, 59 (62); vgl. auch ROXIN, DRiZ 1969, 385 ff.

[2] Siehe den von der Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund veröffentlichten Aufsatz in DRiZ 1968, 357 ff.

[3] Vgl. Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, DRiZ 1968, 357 (358).

[4] So kann der Richter bei "Gefahr im Verzug" die Aufgaben eines Staatsanwalts wahrnehmen, sofern dieser nicht rechtzeitig erreichbar ist, §§ 165, 166 StPO; auch hat der Richter gemäß § 172 Abs. 1 S. 1 StPO auf Antrag des Betroffenen eine Entscheidung zu treffen, ob der Staatsanwalt das Ermittlungsverfahren zu Recht eingestellt hat, § 171 StPO.

[5] Das Gericht kann nach Klageerhebung eine Einstellung des Verfahrens im Sinne des § 153 Abs. 2 S. 1 StPO nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft erreichen; gleichermaßen zustimmungsbedürftig sind z.B. die Entscheidungen des Gerichts gemäß den §§ 153 a Abs. 2 S. 1, 153 b Abs. 2 oder 154 a Abs. 2 StPO.

ähnele und deshalb gleichgewichtig sei. Da nun der Staatsanwalt in zunehmendem Maße auch Aufgaben wahrnehme, die einstmals allein dem Richter vorbehalten gewesen seien, müsse der Staatsanwalt zur Wahrnehmung dieser ihm neu zugeteilten Aufgaben auch von den Grundsätzen ausgehen, die der Richter bei seiner richterlichen Tätigkeit zu beachten habe, also von denen der "Objektivität, der Unparteilichkeit und der Gerechtigkeit"[1]. Weil somit dem Staatsanwalt im Strafverfahren eine dem Richter ebenbürtige Rolle zugewiesen sei, müsse die Staatsanwaltschaft als zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 GG zugehörig angesehen werden, da diese Verfassungsnorm nicht wörtlich, sondern sinngemäß auszulegen sei[2].

Die heute vorherrschende Meinung betrachtet die Staatsanwaltschaft zwar als grundsätzlich zur Exekutive gehörig[3]. Gleichwohl hebe sie sich aber, bedingt durch ihre Funktion als Justizbehörde und als Organ der Rechtspflege, von der allgemeinen Verwaltungsbehörde stark ab[4]. Als Justizbehörde übe die Staatsanwaltschaft keine typische Verwaltungstätigkeit aus, die ausgerichtet sei auf Zweckmäßigkeit, Sicherheit und Ordnung, sondern sie erfülle in Zusammenarbeit mit dem Richter die Aufgabe der Rechtsverwirklichung und Rechtsdurchsetzung[5]. Hierdurch

---

[1] Vgl. Kommission für Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, DRiZ 1968, 357 (361); diese Meinung erfährt Zustimmung dann, wenn man berücksichtigt, daß durch das 1. StVRG dem Staatsanwalt vordem allein dem Richter vorbehaltene umfangreiche Kompetenzen übertragen worden sind (vgl. hierzu LAMPE, NJW 1975, 195 ff und SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23 Aufl. 1976, Einl. Kap. 5 Rdnr. 46).

[2] Vgl. Kommission für Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, DRiZ 1968, 357 (361).

[3] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 2 vor § 141 GVG.

[4] EB. SCHMIDT, MDR 1964, 713; HENKEL, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 134.

[5] PETERS, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, S. 139.

werde die Staatsanwaltschaft aber nicht zu einem Organ der Rechtsprechung, da Justiz und Rechtsprechung nicht gleichzusetzen seien[1]. Rechtsprechung sei aber nur solchen "Justizbehörden" anvertraut, die als Gerichte im Sinne des Art. 92 GG organisiert seien[2].

Soweit die Staatsanwaltschaft im Rahmen des sie bindenden Legalitätsprinzips tätig werde, handele sie in eigener Verantwortung und sei in dieser Eigenschaft nicht Teil der Exekutive, "sondern als Strafverfolgungsbehörde der dritten Gewalt zugeordnet"[3], werde insoweit also tätig als ein Organ der Rechtspflege[4].

Aber auch auf Grund ihrer Funktion als Organ der Rechtspflege könne sie gleichwohl nicht als zur rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 GG zugehörig betrachtet werden, auch wenn zuzugestehen sei, daß ohne ihre Hilfe richterliche Tätigkeit unmöglich sei und die Staatsanwaltschaft - wie das Gericht - darauf verpflichtet sei, der Wahrheits- und Rechtsfindung zu dienen[5].

Der Staatsanwaltschaft kommt nach dieser Ansicht eine Rolle als "Mittlerin zwischen der Exekutive

---

[1] EB. SCHMIDT, MDR 1964, 713.

[2] EB. SCHMIDT, MDR 1964, 713.

[3] VOGEL, DRiZ 1974, 235 (236).

[4] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 2 vor § 141 GVG; vgl. auch EB.SCHMIDT, MDR 1964, 629 (630, 632), der auf den Unterschied hinweist, der zwischen Rechtsprechung und Rechtspflege bestehe; die Staatsanwaltschaft sei aber lediglich ein "Organ der Rechtspflege" und nicht ein Rechtsprechungsorgan im Sinne des Art. 92 GG; vgl. auch BGHSt 24, 170 (171), das in diesem Urteil in Bezug auf die Staatsanwaltschaft auch von einem" dem Gericht gleichgeordnete(n) Organ der Strafrechtspflege" spricht.

[5] KALSBACH, Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1967, S. 10.

und der Gerichtsbarkeit"[1] zu, sie ist eine Institution "sui generis"[2].

Der Versuch, die Funktionen des Staatsanwalts denjenigen des Richters gleichzusetzen und ihm eine dem Richter gleichwertige Rolle zu verschaffen, um ihn so als zur rechtsprechenden Gewalt, Art. 92, 97 GG, zugehörig anzusehen, muß zwangsläufig daran scheitern, daß der Staatsanwalt überhaupt nicht Recht sprechen kann[3]. So ermangelt es dem Staatsanwalt - trotz aller gegenteiligen Äußerungen - an der Unabhängigkeit, die den Richter auszeichnet und nur diesem ausdrücklich durch Art. 97 GG zugestanden wird[4].

Eine ausdehnende, "sinngemäße"[5] Auslegung des Art. 92 GG scheidet auch deshalb aus, weil der Wortlaut insoweit klar und unmißverständlich gefaßt ist[6], indem der Gesetzgeber die "rechtsprechende Gewalt"

---

[1] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 2 vor § 141 GVG; so auch ARNDT, Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: Festgabe für Carlo Schmid, 1962, S. 5 ff (21).

[2] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 2 vor § 141 GVG; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Einl. Kap. 7, S. 63, beschreibt den Sonderstatus der Staatsanwaltschaft damit, daß er ihre Tätigkeit als "Verwaltungstätigkeit eigener Art" kennzeichnet; KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975, S. 44, will die Staatsanwaltschaft als "selbständiges Organ der Rechtspflege" zwischen der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt angesiedelt wissen.

[3] SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Einl. Kap. 8, Rdnr. 5 (Fn. 1 a.E.); vgl. auch BETTERMANN, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, 2. Aufl. 1972, 3. Bd., 2. Halbband, S. 523, (632-638).

[4] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 10.

[5] Vgl. Kommission für Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, DRiZ 1968, 357 (361).

[6] Vgl. KLEIN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 44.

ausschließlich "den Richtern anvertraut"[1] und ihnen mit Art. 97 GG die hierzu erforderliche Unabhängigkeit eröffnet hat[2].

Zum anderen erwächst keine Maßnahme der Staatsanwaltschaft in Rechtskraft, wie sie gerichtlichen Entscheidungen zu eigen ist[3].

Einer weitergehenden Erörterung dieses Problems im Rahmen dieser Untersuchung bedarf es jedoch nicht[4], als hiermit ausreichend dargelegt sein dürfte, die Staatsanwaltschaft nicht als zur dritten Gewalt zugehörig zu betrachten. Sie übt somit auch keine rechtsprechende Gewalt im Sinne des Art. 92 GG aus und ist mithin kein Rechtsprechungsorgan[5]. Art. 19 Abs. 4 GG ist deshalb jedenfalls auf Anordnungen der Staatsanwaltschaft anwendbar.

2. Strafprozessuale Untersuchungshandlungen als Eingriffe in grundgesetzlich geschützte Freiheits- und Individualsphären

Da die strafprozessualen Untersuchungshandlungen von der Staatsanwalt als einer staatlichen Behörde angeordnet werden und in grundgesetzlich geschützte Freiheits- und Individualsphären eingreifen, werden hierdurch auch immer "Rechte" im Sinne des Art. 19 Abs.4 GG betroffen, da die Grundrechte subjektive öffentliche

---

[1] BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 2. Aufl. 1972, 3. Bd., 2. Halbband, S. 779 (792, 800); SCHNUPP DöD 1973, 21 (24).

[2] Vgl. auch BGHSt 15, 155 (160).

[3] Vgl. EB. SCHMIDT, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964, Rdnr. 96; vgl. auch BUCHER, JZ 1975, 105 f (105), der darauf abhebt, daß nur gerichtlichen Entscheidungen der Charakter der Endgültigkeit eignet.

[4] Vgl. hierzu eigehend die Ausführungen bei KALSBACH, Die gerichtliche Überprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1967, S. 7 ff.

[5] BLOMEYER, GA 1970, 161 (162 ff).

Rechte sind, die zumindest dem Begriff "Recht" in Art. 19 Abs. 4 GG unterfallen[1].

Wenn auch alle diese angeführten Grundrechte einem Gesetzesvorbehalt unterliegen, auf Grund dessen die im Rahmen dieser Untersuchung behandelten strafprozessualen Zwangsmaßnahmen überhaupt zulässig sind, sie also die subjektiven Rechte des Bürgers im oben beschriebenen Sinne zulässigerweise einzuschränken vermögen, so besteht doch bei der Anwendung dieser Gesetze jeweils die Gefahr, daß die Eingriffsorgane ihre durch diese Gesetze ausdrücklich zugestandenen Befugnisse überschreiten bzw. die ihnen hierdurch auferlegten Beschränkungen beiseitedrängen.

3. Die herkömmlich präventive Art des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Untersuchungshandlungen

Über die Form des Rechtsschutzes ist in Art. 19 Abs. 4 GG selbst nichts ausgesagt; sie ist dem Gesetzgeber zumindest insoweit überlassen[2], als ihm folgende Modelle zur Wahl stehen: er kann dem Betroffenen zur Verfolgung seiner Rechte unter dem Aspekt der Effektivität des Rechtsschutzes präventiven oder nachträglichen Rechtsschutz zuteil kommen lassen[3]. Im letzteren Fall findet eine richter-

---

[1] DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 33 zu Art. 19 Abs. 4 GG; HAMANN-Lenz, GG, 3. Aufl. 1970, Rdnr. 15 zu Art. 19 GG; WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 10.

[2] HAMANN-LENZ, GG, 3. Aufl. 1970, Rdnr. 17 zu Art. 19 GG.

[3] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 10 ff; KREKELER, NJW 1977, 1417 (1424); BUERMEYER, Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, 1975, S. 91 f.

liche Kontrolle erst nach Anordnung eines hoheitlichen Aktes statt; dem Richter steht insoweit das "letzte Wort" zu[1]. Bedarf der Eingriff einer vorherigen richterlichen Prüfung, so ist die Anordnung oder deren Durchführung von der Billigung des Richters abhängig; der Richter hat bei dieser Ausgestaltung des Rechtsschutzes also das "erste Wort"[2].

Die Strafprozeßordnung ging bisher von dem zweiten der hier aufgezeigten Modelle aus. Sinn dieser präventiven Einschaltung des Richters war es, die Entscheidung über die Anordnung einer strafprozessualen Untersuchungshandlung als eines schwerwiegenden Eingriffs in die individuelle Rechtsphäre[3] des Betroffenen einem neutralen, sachlich und persönlich unabhängigen[4] Dritten zu überlassen. Der Bürger sollte auf Grund dieser Regelung von vornherein vor ungerechten Handlungen geschützt werden[5], die nach ihrem Vollzug irreparabel würden und bei denen der Richter nur noch im Wege einer nachträglichen Entscheidung deren Illegalität feststellen könnte[6].

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 10.

[2] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 10; AMELUNG, ZZP 88 (1975), 74 (75/80).

[3] WELP, JZ 1972, 423 (425).

[4] AMELUNG, ZZP 88 (1975), 74 (80).

[5] BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, 2. Aufl. 1972, S. 779 ff (874): "Die Funktion des Richters im Strafprozeß ist nicht die, den Täter seiner 'gerechten' Strafe zuzuführen - das ist vielmehr Aufgabe der Staatsanwaltschaft -, sondern der Sinn seiner Einschaltung ist es, den Beschuldigten vor ungerechter Bestrafung zu schützen. Auf den gleichen Erwägungen beruht es, daß im Ermittlungsverfahren Verhaftung, Beschlagnahme, Durchsuchung und körperliche Untersuchung richterlicher Anordnung bedürfen"; vgl. denselben a.a.O., auch auf den Seiten 879 ff.

[6] WELP, JZ 1972, 423 (425); vgl. allgemein hierzu BUERMEYER, Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, 1975, S. 91 m.w.N. in Fn. 530 auf S. 92.

Die Einschaltung des Richters erfüllte hiernach eine Art Filterfunktion und war Ausdruck des Bemühens, dem Betroffenen effektiven Rechtsschutz auch dann noch zuteil werden zu lassen, wenn auf für den Betroffenen überraschende strafprozessuale Eingriffe wegen des übergeordneten Interesses auf ein wirkungsvolles und schlagkräftiges Ermittlungsverfahren nicht verzichtet werden konnte[1].

Die Einschaltung des Richters bot somit auf Grund seiner unparteilichen Denkweise[2] die Gewähr dafür, daß rechtzeitig, d.h. vor dem Eingriff, auch die Interessen des von der Maßnahme nicht benachrichtigten Beschuldigten weitmöglichst berücksichtigt, insbesondere "einseitigen Sachverhaltsvorstellungen mit Skepsis begegnet und entlastende Umstände angemessen substituiert"[3] und die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Eingriffs geprüft werden konnten[4]. Der auf diese Weise gewährleistete Rechtsschutz erwies sich deshalb auch als effektiv, weil der von dem Eingriff Betroffene insoweit einer vorherigen richterlichen Prüfung und Billigung der Anordnung sicher sein konnte[5].

---

[1] BVerfGE 7, 95 (99); 9, 89 (97); WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 12 ff; derselbe, JZ 1972, 423 (425).

[2] WELP, JZ 1972, 423 (425).

[3] WELP, JZ 1972, 423 (425).

[4] BVerfGE 9, 89 (97).

[5] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 10/11.

4. Nachträgliche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Eingriffe der Staatsanwaltschaft aus §§ 161 a, 163 a StPO bei noch nicht vollzogener Vorführung

Ein Abbau vormals gewährten Rechtsschutzes ist durch die Neuregelung der §§ 161 a, 163 a StPO nur dann verhindert worden, wenn dieser Rechtsschutz, der, da ja die präventive richterliche Kontrolle entfallen ist, nur ein nachträglicher sein kann, in seiner Auswirkung der ehemals geltenden Regelung gleichkäme. Bei dieser Annahme müßte der von der Anordnung Betroffene die Möglichkeit haben, den ihm drohenden Vollzug dieser Anordnung noch aufhalten zu können.

Letzteres wäre dem Betroffenen möglich, wenn er bereits die in der Ladung beigefügte und abgedruckte Androhung, im Falle seines Nichterscheinens möglicherweise vorgeführt zu werden, anfechten und dadurch der Vorführung von vornherein die rechtliche Grundlage entziehen könnte, bevor sie überhaupt in die Tat umgesetzt werden könnte.

Zwar muß ein Zeuge grundsätzlich angemessene Zeit vor dem Termin auf seine bevorstehende Vernehmung hingewiesen werden, wobei auch diese Zeitspanne so groß bemessen sein muß, daß dem Vorgeladenen ausreichend Zeit verbleibt, das Gericht um Rechtsschutz gegen die Androhung dieser Vorführung anzurufen, §§ 51 Abs. 1 S. 1 und 2, 48 StPO[1]. Eine solche Zeitspanne ist auch dem Beschuldigten zuzugestehen, § 133 Abs. 2 StPO, es sei denn, es lägen Gründe vor, die den Erlaß eines Haftbefehls rechtfertigen, § 134 Abs. 1 StPO[1]. Auch beinhaltet diese Androhung eine selbständige Beschwer, da diese "Pönalzitation" Zulässigkeitsvoraussetzung für den Vollzug der Vorführung ist. Doch kann diese Androhung ledig-

---

[1] Vgl. hierzu eigehend WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 24, 13.

lich als eine abstrakte Mahnung und Folgeankündigung verstanden werden, deren Ausführung sich der Staatsanwalt vorbehält, falls der Vorgeladene nicht erscheint. Er kann hiernach die Vorführung anordnen, den Ausgebliebenen ein zweites Mal vorladen oder auf jegliche Vernehmung des Ausgebliebenen fürderhin verzichten[1]. Grundlage einer hiernach möglichen Entscheidung sind also, da wegen des rechtsstaatlichen Prinzips der Verhältnismäßigkeit der Eingriff im Augenblick seiner Andordnung noch erforderlich und angemessen sein muß[2], die dem Staatsanwalt zu diesem Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Tatsachen und Informationen. Die jetzige Entscheidung kann folglich auf Grund völlig anderer Tatsachen ergehen als auf jenen, die zuvor zur Androhung der Vorführung haben führen können. Auch entspricht diese neuerliche Entscheidung möglicherweise nicht mehr rechtsstaatlichen Erfordernissen insoweit, als sie nach der Androhung der Vorführung entstandene berechtigte Einwendungen oder Entschuldigungen des Vorgeladenen gar nicht berücksichtigt[3]. Da der Vorgeladene zur Zeit der Androhung des Eingriffs noch gar nicht weiß, ob dieser jemals vollzogen werden wird, fehlt es, solange der Vorführungsbefehl nicht dem Vorgeladenen zugegangen ist, offenbar auch an einem konkreten Rechtsschutzbedürfnis.

Dem Vorgeladenen wäre also eher damit gedient, den Vorführungsbefehl selbst anfechten zu können. Diese Möglichkeit setzte eine vorherige Ankündigung

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 24; KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21 zu § 161 a, Rdnr. 21/22 zu § 163 a StPO; ENZIAN, JR 1975, 277 (278).

[2] KLEINKECHT, StPO, Einl. 1 E; ENZIAN, JR 1975, 277 (278).

[3] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 25.

der jetzt unmittelbar bevorstehenden zwangsweisen Vorführung an den Vorgeladenen voraus, die so rechtzeitig erfolgen müßte, daß er noch eine gerichtliche Entscheidung vor dem Vollzug dieser Anordnung erlangen könnte[1].

Eine solche Regelung widerspräche aber dem Sinn einer Vorführung, soll diese doch dazu dienen, der nicht erschienenen Beschuldigten oder Zeugen habhaft zu werden, um so der Ladung auf Erscheinen vor dem Staatsanwalt Geltung zu verschaffen. Ob der Betroffene von der Ladung keine Kenntnis erlangt hatte oder ob sein Fehlen im nachhinein hinreichend entschuldigt war, kann die Staatsanwaltschaft solange nicht berücksichtigen, als die Ladung ordnungsgemäß ausgefertigt war oder der Betroffene Einwendungen oder Entschuldigungsgründe nicht rechtzeitig vorgebracht hat. Die Staatsanwaltschaft wird auch in diesen Fällen davon ausgehen dürfen, daß der Betroffene der Ladung bewußt nicht hat Folge leisten wollen. Da deshalb eine neuerliche Ladung wenig erfolgversprechend ist, wird die Vorführung in der Regel durch überraschenden Zugriff vollzogen[2]. Die Vorführung ist deshalb eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme, die typischerweise[3] materiell beendet und prozessual erledigt ist[4], bevor der Betroffene überhaupt aus rein tatsächlichen Gründen den Antrag auf gerichtliche Entscheidung

---

[1] Vgl. WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 25/26.

[2] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 25.

[3] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117; derselbe, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 14; SCHNICKMANN, MDR 1976, 363 (364).

[4] Vgl. ENZIAN, NJW 1957, 450 (451): "Ist die Vorführung vollzogen, steht der Betroffene also vor dem Richter, so ist der Befehl vollständig ausgeführt und damit erledigt und verbraucht, ohne daß es einer Aufhebung bedarf."

stellen kann, § 163 Abs. 3 S. 3 StPO. Kann er ausnahmsweise noch rechtzeitig diesen Antrag bei Gericht einbringen, so ist dem Antrag dennoch kein Suspensiveffekt[1] zu eigen, § 161 a Abs. 3 S. 3 StPO in Verbindung mit § 307 Abs. 1 StPO, so daß im Ergebnis die Vorführung vor Ergehen einer gerichtlichen Entscheidung vollzogen sein wird.

5. Nachträglicher Rechtsschutz nach Beendigung der Vorführung

In Betracht käme allenfalls noch ein solcher nachträglicher Rechtsschutz, der sich in der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vorführungsanordnung erschöpfte. Die Zulässigkeit eines solchen Rechtsschutzzieles im Rahmen der §§ 161 a, 163 a StPO ist umstritten.

a) Begründung der herkömmlichen Ansicht

Eine solche Erstreckung des Rechtsschutzes wird teilweise abgelehnt mit dem Argument, eine nachträgliche Rechtmäßigkeitsprüfung sei "StPO-widrig"[2] und deshalb nicht statthaft[3], da mit Beendigung der Vorführung die vormals bestehende Beschwer weggefallen sei[4]. Zur Begründung wird auch mit einem "Erstrecht-Schluß" gearbeitet: wenn "schon nicht einmal

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 13.

[2] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21, 22 zu § 163 1 StPO.

[3] Zum Begriff der Statthaftigkeit vgl. STOCK, Strafprozeßrecht, 1952, S. 160: "Die Frage der Statthaftigkeit geht dahin, ob das Rechtsmittel nach dem Gesetz überhaupt gegen Entscheidungen der vorliegenden Art zu Gebote steht, ob es gesetzlich zugelassen ist, z.B. ob gegen ein Urteil der vorliegenden Art Berufung oder Revision überhaupt möglich ist."

[4] KLEINKNECHT, StPO, Vor § 296 StPO, Rdnr. 17.

gegen Freiheitsentziehung durch vorläufige Festnahme oder Haftbefehl eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit in Form einer strafprozessualen Entscheidung zulässig"[1] sei, so könne auch für den weniger einschneidenden Fall der staatsanwaltschaftlich angeordneten Vorführung, die lediglich eine Freiheitsbeschränkung sei[2], keine Ausnahme gewollt sein. Da KLEINKNECHT[3] aber das gesetzlich eingeräumte Antragsrecht des Beschuldigten in § 163 a Abs. 3 S. 3 StPO nicht völlig leerlaufen lassen will, schlägt er für den Fall des § 133 Abs. 2 StPO vor, bereits gegen die in der Regel in der Ladung mit enthaltene Androhung der Vorführung den Antrag auf gerichtliche Entscheidung für zulässig zu erachten, erblickt also bereits in der Androhung, nach Nichtbefolgen der Ladung jederzeit mit einer Vorführung rechnen zu müssen, die Beschwer[4].

---

[1] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21, 22 zu § 163 a StPO; vgl. auch Rdnr. 21 zu § 161 1 StPO.

[2] ENZIAN, JR 1975, 277 (280): Freiheitsbeschränkungen im Sinne des Art. 104 Abs. 1 GG seien nämlich im Gegensatz zu den nur den Richtern vorbehaltenen Freiheitsentziehungen nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz auf Exekutivbehörden wie die Staatsanwaltschaft übertragbar; vgl. insoweit auch BLEI, JA 1976, 454, der dem Richter nur bei freiheitsentziehenden Maßnahmen, zu denen die bloße Vorführung nicht zähle, das letzte Wort zugestehen will.

[3] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21, 22 zu § 163 a StPO.

[4] Vgl. hierzu auch ENZIAN, JR 1975, 277 (279); siehe insbesondere aber WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 17 ff, der überzeugend darlegt, daß bereits gegen die Ladung als solche trotz des Wortlauts in § 163 a Abs. 3 S. 3 StPO wegen des Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG eine Anfechtung zulässig sein müsse; so auch GRÖSSEL, GA 1976, 60 (62).

b) Die Ansicht von ENZIAN

ENZIAN sieht in der Regelung des § 163 a Abs. 3 S. 3 StPO das unverkennbare Bemühen des Gesetzgebers verwirklicht, dem Betroffenen gegen diese dem Staatsanwalt neu zugewiesene Eingriffsmöglichkeiten wirkungsvollen Rechtsschutz zuteil werden zu lassen[1].

Ausgehend von dem verfassungsrechtlichen Gebot auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG, schlägt ENZIAN[2] deshalb ein Verfahren vor, mit dem er sich zugleich noch innerhalb der bereits von KLEINKNECHT[3] vorgezeichneten Meinung bewegt.

Der der Ladung in der Regel beigefügten Androhung, im Falle des Nichterscheinens habe der Beschuldigte oder Zeuge mit zwangsweiser Vorführung, §§ 133 Abs.2, 51 Abs. 1 S. 2 StPO, zu rechnen, weist ENZIAN nicht die Bedeutung zu, dem Grundrecht des rechtlichen Gehörs quasi im vorhinein zu genügen. So sei die Androhung im Verhältnis zur späteren Vorführungsanordnung lediglich eine "abstrakte Mahnung und Folgeankündigung"[4], die Gewährung des rechtlichen Gehörs erfordere aber jeweils die Bezugnahme auf einen ganz konkreten Sachverhalt[5]. Dieser sei das unentschuldigte Fernbleiben des ordnungsgemäß Geladenen. Zu diesem Komplex müsse der Betroffene Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, zumal doch wegen einer solchen vorherigen Anhörung des Betroffenen der Zweck der Anordnung, den Beschuldigten zu vernehmen oder den Zeugen zu verhören, nicht gefährdet,sondern die Vernehmung allenfalls zeitlich versetzt stattfinden werde.

---

[1] ENZIAN, JR 1975, 277 (279).
[2] ENZIAN, JR 1975, 277 f.
[3] Vgl. KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21, 22 zu § 163 a StPO.
[4] ENZIAN, JR 1975, 277 (278)
[5] ENZIAN, JR 1975, 277 (278).

Das Ausbleiben des Geladenen könne nämlich verschiedene Ursachen haben, beruhe also nicht gleich auf "böser Absicht", sich der Vorladung zu entziehen mit der Folge, die Ausnahmevorschrift des § 33 Abs. 4 StPO eingreifen zu lassen[1].

Deshalb könne die ohne Gewährung vorherigen Gehörs ergangene Vorführungsanordnung, vor dem Staatsanwalt zu erscheinen, grundsätzlich nur vorläufiger Art sein[2]. Dem Betroffenen müßten die Gründe für diese Anordnung mitgeteilt und ihm müßte Gelegenheit gegeben werden, sich hierzu zu äußern. Von einer Prüfung solcher Äußerungen, die in Einwendungen oder Entschuldigungen bestehen könnten, müsse der Erlaß des

---

[1] ENZIAN, JR 1975, 277 (279), nennt als Beispiele hierfür bloße Vergeßlichkeit, Terminverwechselung, echte Entschuldigungsgründe (hierbei ist wohl zu denken an eigene plötzliche Erkrankung oder an die näherer Verwandter).

[2] ENZIAN, JR 1975, 277 (279) bezieht sich hierbei auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1959, 427 (430) = BVerfGW 9, 89 (106/10)), wo es im Anschluß an eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, die auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft und ohne vorherige Anhörung des Betroffenen ergangen war, wörtlich heißt: "Die ohne vorgängiges Gehör des Beschuldigten getroffene Entscheidung des Beschwerdegerichts kann daher nur vorläufig sein; der Beschuldigte muß eine nachträgliche Überprüfung vor demselben Gericht oder einem höheren Gericht erreichen können".

definitiven Vorführungsbefehls abhängig sein[1,2]. Bei Beachtung dieses Verfahrens hält ENZIAN eine Umgehung des Antragsrechts durch den Staatsanwalt im Wege sofortigen Vollzugs grundsätzlich für ausgeschlossen.

c) Bejahung eines nachträglichen Rechtsschutzes

Von einer im Schrifttum vordringlichen Meinung wird ein nachträglicher, lediglich auf eine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Eingriffs hinauslaufender Rechtsschutz befürwortet. Ausgehend von anderen Verfahrensanordnungen, die eine Feststellungsklage gegen erledigte Hoheitsakte zulassen (vgl. §§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG, 100 Abs. 1 S. 4 FGO, 131 Abs. 1 S. 3 SGG), wird diesen Regelungen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz unterstellt, der nicht nur Gültigkeit habe, soweit er ausdrücklich in einem Gesetz Ausdruck gefunden habe, sondern auch in solchen Prozeßordnungen seinen Niederschlag finden müsse, die ein solches Rechtsschutzziel nicht

---

[1] ENZIAN, JR 1975, 277 (279). Diese Regelung hält ENZIAN für in der Praxis bewährt und empfiehlt Überraschungsangriffe ohne vorgängiges Gehör nur bei "absichtsvollem Ungehorsam", wenngleich auch die Mehrzahl der Kommentatoren bei unentschuldigtem Ausbleiben von letztem ausgeht, vgl. EB.SCHMIDT, JZ 1968, 354 (360); MÜLLER-Sax (KMR), StPO, Anm. 6 a zu § 134 StPO.

[2] ENZIAN a.a.O. dürfte darin zuzustimmen sein, daß bei pauschaler Übertragung ehemals richterlicher Kompetenzen auf die Staatsanwaltschaft nicht automatisch hiermit die im richterlichen Verfahren zu beachtenden Vorschriften über das rechtliche Gehör entfallen dürfen. Diese Vorschriften, hier also Art. 103 Abs. 1 GG, § 33 StPO, müßten also analog weiterhin Bestand haben, wollte man andererseits nicht eine Demontage rechtsstaatlichen Schutzes hinnehmen; vgl. auch SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 68: "Rechtsstaatliche Erwägungen und die Wahrung der Menschenwürde gebieten es aber, daß es (= das rechtliche Gehör) auch vor den nichtrichterlichen Behörden der Strafverfolgung Geltung haben muß". ARNDT, NJW 1961, 1734 (1735).

ausdrücklich vorsähen[1]. Die Statthaftigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles ergebe sich auch aus folgender Überlegung: Entscheide der Richter im Rahmen der Strafprozeßordnung über die Aufhebung einer strafprozessualen Untersuchungshandlung, die ohne seine von der gesetzlichen Regel her vorgesehene vorherige Mitwirkung angeordnet worden sei, so beinhalte diese Entscheidung gleichzeitig die Feststellung über die Rechtswidrigkeit dieser Anordnung[2]. Dasselbe treffe auch zu auf diejenigen Anordnungen, die zwar - wie die §§ 161 a, 163 a StPO - keine Mitwirkung des Richters vorsähen, aber doch bei Vollzug zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung führten, gegen die dann die Anrufung des Richters zulässig sein müsse[3].

d) Rechtsschutz im Verfahren gemäß den §§ 23 ff EGGVG

Wegen des in § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG enthaltenen Rechtsschutzzieles der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Eingriffs kommt möglicherweise auch die Einleitung eines Rechtsschutzverfahrens vor dem Oberlandesgericht, § 25 EGGVG, in Betracht.

e) Kritische Würdigung der aufgeführten Ansichten

Die Meinung von KLEINKNECHT[4], der den Antrag auf gerichtliche Entscheidung auf die Androhung der Vorführung miterstreckt wissen will, erweist sich nach den obigen Untersuchungen für den Rechtsschutzsuchenden als "theoretische Leerposition"[5] und wird des-

---

[1] Vgl. AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 50; PETERS, JR 1972, 300 (301).

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 41, 51.

[3] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 52; zustimmend KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976 S. 145 f.

[4] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21/22 zu § 163 a StPO.

[5] ENZIAN, JR 1975, 277 (279).

halb aus den folgenden Überlegungen ausgeklammert.

Das Rechtsschutzverfahren nach dem Modell der §§ 23 ff EGGVG stößt selbst bei den Befürwortern eines lediglich feststellenden Rechtsschutzes auf Ablehnung. Denn wegen der in §§ 161 a Abs. 3 S. 3, 163 a Abs. 3 S. 4 StPO enthaltenen Verweise auf die Grundsätze des Beschwerdeverfahrens kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur als abschließende Regelung zur Überprüfung hiernach erfolgter staatsanwaltschaftlicher Maßnahmen verstanden werden[1].

Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG erlangen zu können, scheidet deshalb von vornherein aus.

Den Ausführungen von AMELUNG kann insoweit nicht zugestimmt werden, als jeder richterliche Akt, der die fortdauernde beeinträchtigende Wirkung eines strafprozessualen Eingriffs beendet, gleichzeitig die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses kassierten Akts beinhaltet[2]. Die richterliche Kontrolle erschöpft sich in der Aufhebung der den Bürger treffenden Belastung[3], im Falle der Beschlagnahme also in der Freigabe der Sache, zumindest in denjenigen Fällen, in denen der Betroffene nicht den ausdrücklichen Antrag auf nachträgliche Feststel-

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 27 und Fn. 75 auf S. 27; AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe 1976, S. 31 in Verbindung mit S. 52; SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1820).

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 51, 30.

[3] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 14 (Fn. 28); KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 6 zu § 98 StPO; EB. SCHMIDT, Lehrkommentar Teil II, Rdnr. 5 zu § 98 StPO; MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 3 b zu § 98 StPO.

lung der Rechtswidrigkeit der Anordnung gestellt hat. Die Annahme ist sicherlich gerechtfertigt für den Fall, daß die Voraussetzungen einer rechtmäßig angeordneten Beschlagnahme erst im Augenblick der Prüfung durch den Richter entfallen, wenn zum Beispiel auf Grund eines gerade sich veränderten Geschehensablaufes ein bestimmter Gegenstand nicht mehr als Beweismittel von Bedeutung sein kann. Die von AMELUNG aufgestellte These der Koppelung zwischen Aufhebung und Feststellung der Rechtswidrigkeit des Aktes der Beschlagnahme erwiese sich für die Vergangenheit insoweit als unzutreffend. Eine automatische Feststellung über die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs kann allenfalls die richterliche Bestätigung einer Beschlagnahme enthalten[1], braucht es aber nicht, da die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Beschlagnahme auch erst nach der zeitlich bereits vorher erfolgten Beschlagnahme eingetreten sein können[2].

Die Ausführungen ENZIANs zeigen zwar das Bemühen auf, rechtsstaatlichen Anforderungen wie dem Gebot auf Gewährung rechtlichen Gehörs gerecht zu werden. Sie tragen aber zur Lösung des Problems, ob eine bereits vollzogene Vorführungsanordnung[3]

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 14 (Fn. 28).

[2] EB. SCHMIDT, Lehrkommentar, Teil II, Rdnr. 5 zu § 98 StPO.

[3] Vgl. ENZIAN, JR 1975, 277 (280); in Fn. 19 auf dieser Seite führt er wörtlich aus: "Die Frage, ob der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ebenso wie die Beschwerde überholt wird oder ob das Landgericht auch noch nach der Vollziehung über die Rechtmäßigkeit zu entscheiden oder ob es überhaupt nur die Rechtmäßigkeit zu prüfen habe (rechtsbeschwerdeähnlich), brauchtund soll hier nicht behandelt werden, weil sie sich auf das Problem (Rechtsposition der Staatsanwaltschaft im Vorführungsverfahren selbst) nicht auswirken kann".

ohne vorherige Androhung im Sinne des § 133 Abs. 2 StPO an den Betroffenen gerichtlich nachprüfbar sein sollte[1], wenig bei, wenngleich nicht verkannt werden sollte, daß sich bei derartiger Handhabung der Vorführungsbestimmungen durch die Staatsanwaltschaft das Problem der Erledigung nur in wenigen Fällen stellte.

Indes wird eine so verstandene Rechtsschutzgewährung in der Regel zu Verfahrensverzögerungen führen, zumal jeweils ein neuer Vernehmungstermin anberaumt und auf einen Zeitpunkt nach der richterlichen Entscheidung festgesetzt werden müßte. Eine solche Verfahrensverzögerung war vor der Neuabgrenzung der Kompetenzen nicht zu befürchten gewesen, da wegen der dem Richter vorbehaltenen Anordnungskompetenz der Rechtsweggarantie bereits ausreichend Rechnung getragen war und deshalb auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken aufkamen, den Vollzug der Anordnung aufzuschieben[2]. Eine vorherige Mitteilung könnte auch den Vollzug des Vorführungsbefehls gefährden[3]. Die Inkaufnahme eines solchen Ri-

---

[1] Daß diese Androhung der Ladung im Sinne des § 133 Abs. 1 StPO nicht unbedingt beigefügt zu werden braucht, also im Ermessen des handelnden Staatsanwalts liegt (SARSTEDT in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. 7 zu § 133 StPO; EB. SCHMIDT, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil II, 1957, Anm. 8 zu § 133 StPO), übersieht wohl KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21, 22 zu § 163 a StPO, insoweit er das Vorgehen gegen diese der Ladung beigefügte Androhung als ausreichenden Rechtsschutz ansieht.

[2] Vgl. WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 22/23.

[3] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 26.

sikos kann der Staatsanwaltschaft aber nicht von vornherein zugemutet werden, sind ihr doch - zumindest im Augenblick des Fernbleibens des Geladenen - die Gründe für dessen Nichterscheinen unbekannt[1].

Für die Meinung, die einen nachträglichen Rechtsschutz im Rahmen der §§ 161 a, 163 a StPO befürwortet, könnte bereits der Wortlaut dieser Bestimmung sprechen. So heißt es in § 163 a Abs. 3 S. 3 StPO: "Über die Rechtmäßigkeit der Vorführung entscheidet auf Antrag des Beschuldigten das Gericht." Im Gesetzestext angedeutet wird also die "Vorführung" als solche, die aber erst durch ihren Vollzug Realität erlangt. Über die Rechtmäßigkeit dieses tatsächlichen Vorgangs läßt sich jedoch erst nach Durchführung urteilen. Denn die Vorführung stellt eine konkrete Zwangsmaßnahme dar, "um das Erscheinen eines ausgebliebenen Beschuldigten zu einem Termin zu erzwingen"[2].

Dieser Auffassung wird auch noch folgende Überlegung gerecht: Hat sich der Gesetzgeber für eine Übertragung ehemals allein dem Richter vorbehaltener Kompetenzen auf den Staatsanwalt entschieden, so müßte er den hinsichtlich des Rechtsschutzes hiermit einhergehenden Konsequenzen insoweit Rechnung tragen, als nunmehr dem Richter zumindest das "letzte Wort"[3] zugestanden werden muß, auf Antrag des Betroffenen darüber zu befinden, ob die Vorführung zu Recht erfolgt ist.

---

[1] Vgl. WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 25; vgl. auch die Kritik an ENZIAN von SCHNICKMANN, MDR 1976, 363 (364 und Fn. 5).

[2] Vgl. CREIFELDS, Rechtswörterbuch, 3. Aufl. 1973, S. 1265; vgl. zum Begriff der Vorführung auch KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975, S. 162.

[3] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 10.

Feststellbar bliebe danach aber lediglich die Illegalität einer bereits geschehenen Rechtsverletzung[1].

III. Eigener Lösungsversuch

Ob ein solches Rechtsschutzziel im Verfahren nach der Strafprozeßordnung statthaft ist, beurteilt sich auf Grund der Verweisung in den §§ 161 a Abs. 3 S. 2, 163 a Abs. 3 S. 4 StPO auf die §§ 297 - 300, 302, 306 - 309, 311 a StPO nach den Grundsätzen, die für eine richterlich angeordnete und erledigte Anordnung gelten würde[2]. Ist demnach im Rahmen dieser Bestimmungen das Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten Anordnung statthaft, so verbietet sich offenbar auch im Rahmen der §§ 161 a, 163 a StPO ein anderes Ergebnis.

1. Statthaftigkeit der auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. auf Aufhebung der Anordnung gerichteten Beschwerden

a) Die Auffassung in der Rechtsprechung und die vorherrschende Ansicht im Schrifttum

Entspräche das Gericht einem solchen Feststellungsbegehren des Betroffenen, so setzte es sich in Widerspruch zu der herrschenden Meinung, die die auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer strafprozessualen Maßnahme gerichtete oder hierin umgedeutete Beschwerde für prozessual unzulässig hält.

---

[1] Der Hauptzweck eines Rechtsmittels, nämlich die Abwendung des drohenden Grundrechtseingriffs, kann also nicht mehr erzielt werden (vgl. MICHALLEK, Die Durchsuchung von Personen, Diss. 1969, S. 90).

[2] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 23, 26.

So wird darauf verwiesen, der Beschwerdeantrag sei nur solange zulässig, wie durch die richterliche Entscheidung die Durchführung der jeweiligen Untersuchungshandlung noch aufgehalten, mittels der Beschwerde also noch Einfluß auf den Gang des Verfahrens ausgeübt werden könne[1]. Nach Beendigung der Untersuchungshandlung sei jedoch kein Sachgrund mehr vorhanden, den Strafrichter in Anspruch zu nehmen. Es fehle nämlich die bei allen Rechtsmitteln zu fordernde Beschwer[2], die mit Abschluß der Maßnahme entfallen sei. Eine lediglich feststellende (also nachträgliche) Entscheidung, die Untersuchungshandlung sei von vornherein rechtswidrig gewesen, sei im Beschwerdeverfahren der Strafprozeßordnung nicht vorgesehen, in Sonderheit fehle es an einer § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG entsprechenden Regelung[3]. Überdies sei § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG eine Sondervorschrift und als solche nicht analogiefähig[4].

Es könne in einem Strafverfahren, in dem es ledig-

---

[1] BGH NJW 1973, 2035; BGHSt 10, 88 (91); KG, NJW 1975, 354 (355); KG, JR 1972, 297 (298); OLG Celle, JR 1973, 399; GOLLWITZER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22 Aufl. 1973, Anm. I 3 d zu § 304 StPO; MÜLLER-SAX (KMR), StPO Anm. 1 d zu § 304 StPO; KLEINKNECHT, StPO, vor § 296 StPO, Anm. 4 D; MÜLLER, Einführung in des Strafprozeßrecht, 1973, S. 141; vgl. auch SCHNEIDER, ZZP 79 (1966), 1 (45); MICHALLEK, Die Durchsuchung von Personen, Diss., 1969, S. 90, 122; RÖHL, MDR 1955, 522 (523): "Eine beschlossene und durchgeführte Durchsuchung allerdings läßt sich mit keinem Rechtsmittel mehr rückgängig machen. Dergleichen Eingriffe, gegebenenfalls auch als Unschuldiger, dulden zu müssen, ist eben Pflicht des Staatsbürgers...".

[2] OLG Celle, JR 1973, 339 (340); OLG Saarbrücken, MDR 1974, 161 (162).

[3] OLG Bremen, MDR 1963, 355.

[4] OLG Celle, JR 1973, 399 (340).

lich um die abschließende Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Angeklagten gehe, nur eine verfassungskonforme Auslegung zu einem anderen Ergebnis führen. Wegen richterlicher Anordnung des Eingriffs komme der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG keine Bedeutung zu. Auch sei eine Nachholung des in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgten Grundsatzes auf Gewährung des rechtlichen Gehörs dann nicht mehr geboten, wenn ein Nachteil im Sinne des § 33 a StPO nicht mehr bestehe[1], also der ohne vorherig gewährtes rechtliches Gehör ergangene Beschluß nicht mehr in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreife. Da Ziel dieses Verfahrens lediglich die Beseitigung des prozessualen Nachteils sei, könne das Gebot aus Art. 103 Abs. 1 GG folglich nicht verletzt werden, da bei erledigten Untersuchungsmaßnahmen von einem solchen Nachteil nicht mehr die Rede sein könne[2].

Soweit der Betroffene eine Grundrechtsverletzung rüge, könne er diese ja noch vor dem Bundesverfassungsgericht geltend machen[3].

b) Die Mindermeinung in der Literatur

Nach gegenteiliger Ansicht im Schrifttum soll trotz abgeschlossener Durchführung der Zwangsmaßnahme noch eine Entscheidung des Strafrichters im Rahmen des Beschwerdeverfahrens der Strafprozeßord-

---

[1] Wobei "Nachteil" im Sinne des § 33 a StPO gleichgesetzt wird mit der bei jedem Rechtsmittel zu fordernden "Beschwer" (vgl. hierzu WENDISCH in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 15 zu § 33 a.

[2] WENDISCH in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 16 zu § 33 a StPO.

[3] OLG Celle, JR 1973, 339 (341).

nung statthaft, also zulässig sein[1].

Von PETERS wird als Rechtsschutzziel vorgeschlagen, die Anordnung der - jetzt erledigten - Zwangsmaßnahme aufzuheben, um so der Untersuchungshandlung nachträglich den rechtlichen Boden zu entziehen[2].

---

[1] PETERS, JR 1972, 300 f und JR 1973, 341 f; WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 116, 117; KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 146; HAFFKE, NJW 1974, 1983 (1985); BLEI, JA 1973, 679 (680); vgl. insoweit auch bereits LÖWE, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1879, Anm. 2 c zu § 346 StPO: "An sich wird die Beschwerde dadurch noch nicht zulässig, daß die Folgen der durch sie angefochtenen Entscheidung nicht mehr rückgängig zu machen sind; es kann dem Beschwerdeführer immer noch darauf ankommen, die Unrichtigkeit der Entscheidung anerkannt zu sehen." Auch OLG Rostock bei Alsberg OLGE StrProz 1, 238 (239) hält eine gerichtliche Haussuchungsanordnung trotz ihres Vollzugs noch als für im Beschwerdewege der §§ 304 ff StPO anfechtbar; unentschieden: BayVerfGH 10 (1957), 6 (7/8); OLG Königsberg, JW 1927, 3063, das bei bereits abgeschlossenen sitzungspolizeilichen Ordnungsstrafen gemäß §§ 178, 180, 181 GVG die Beschwerde nicht für gegenstandslos betrachtete, soweit für sie ein berechtigtes Interesse gegeben sei; vgl. auch BVerfG, JZ 1976, 532 (534).

[2] Vgl. PETERS, JR 1973, 341 (342) und JR 1972, 300 (301): in seiner Anmerkung in JR 1973, 341 (342) deutet PETERS aber an, "in Anpassung an die verwaltungsrechtliche Regelung des § 28 I 4 EGGVG.... die Durchsuchung für rechtswidrig zu erklären", womit er als Alternative auf das in § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG enthaltene Rechtsschutzziel auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme abgestellt haben könnte.

Ausgangspunkt der Überlegungen dabei ist die "Beschwer", die entgegen der herrschenden Meinung u.U. auch noch nach Erledigung der strafprozessualen Untersuchungshandlung als gegeben angesehen werden könne. Denn eine strafprozessuale Untersuchungshandlung sei mit Abschluß ihres Vollzugs noch nicht vollständig erschöpft, sondern zeitige darüber hinausgehend Auswirkungen auf die "Sozialstellung"[1] des von der Maßnahme Betroffenen und beeinträchtige dessen grundgesetzlich geschütztes allgemeines Persönlichkeitsrecht[2]. Die erledigte Untersuchungshandlung wird hiernach über ihren bloßen Vollzug hinaus begriffen als anhaltender Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen, in seinen "Persönlichkeitsbereich, den Haus- und Wohnungsfrieden, mit all seinen möglichen Nachwirkungen für den gesellschaftlichen Ruf und die Selbstwertung"[3]. Vor diesem Hintergrund erhelle die Rechtsschutzregelung in Gesetzen, die unter der Herrschaft des Grundgesetzes erlassen worden seien und in denen die bloße Rechtsbelastung bereits als hinreichende Beschwer anerkannt worden sei. Als lediglich ein Beispiel für diese Rechtsentwicklung wird auf § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG verwiesen[4]. Dieser

---

[1] PETERS, JR 1972, 300 (301).

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 54, 18.

[3] PETERS, JR 1972, 300 (301), für den Fall einer Haussuchung.

[4] ZIMMERMANN, Der Deutsche Rechtspfleger 1962, 42 (44), will den §§ 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG, 113 Abs. 1 S. 4 VwGO einen allgemeinen Rechtsgrundsatz entnehmen, "der auch bei anderen Gesetzen, die solche Bestimmungen nicht beinhalten, Anwendung finden sollte"; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von VÖLLMECKE, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1976, 56 (59/60) bezüglich § 13 Abs. 1 S. 3 WBO.

sich entwickelnden und durch das Grundgesetz vorgezeichneten Tendenz dürfe sich die Strafprozeßordnung nicht verschließen. Die Beschwerde dürfe also nicht von vornherein mit dem Argument, sie habe sich ja bereits erledigt, als unzulässig abgetan werden.

Andere stimmen den Ausführungen von PETERS zwar grundsätzlich zu, gehen aber vom Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG[1] aus, das im Rahmen der §§ 304 ff StPO schon deshalb statthaft sein sollte, weil andernfalls bei strafprozessualen Untersuchungshandlungen, die typischerweise materiell beendet und prozessual bereits erledigt[2] seien, bevor der hiervon Betroffene den Richter anzurufen vermag, das rechtliche Gehör praktisch abgeschafft würde,

---

[1] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117 (vgl. auch die Fn. 101 auf dieser Seite); KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 146; wohl auch HAFFKE, NJW 1974, 1983 (1985), der eine analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 EGGVG befürwortet; vgl. auch MEYER, Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozeß, 1962, S. 304, der es für denkbar hält, kurzfristige Freiheitseingriffe mittels Beschwerde auch noch nachträglich zu rügen, soweit andernfalls eine bereits geschehene Freiheitsrechtsverletzung nicht mehr aufgehoben werden kann.

[2] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 14.

wollte man der herrschenden Meinung zustimmen[1].

So sei nicht einzusehen, weshalb dem Bundesverfassungsgericht Fälle offensichtlicher Grundrechtsverletzungen von den Instanzgerichten zugewiesen würden, obwohl es ja gerade nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgericht sei, die richterliche Bewältigung ungezählter Fälle des kriminalistischen Alltags[2] zu übernehmen. Gleichzeitig wird die Frage gestellt, weshalb gegenüber Justizverwaltungsakten wegen § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG ein für den Betroffenen aussichtsreicherer Rechtsschutz gewährt werde als gegenüber strafprozessualen Untersuchungshandlungen[3], habe doch der Gesetzgeber insbesondere mit den §§ 304 ff StPO aufzeigen wollen, daß auch Entscheidungen des Richters einer besonderen Kontrolle unterliegen sollen[4].

---

[1] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117; vgl. auch ZEUNER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, Bd. I, S. 1013 ff (1019, Fn. 17), der eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 103 Abs. 1 GG nur unter Umständen insoweit in Erwägung ziehen will, als "nach Lage der Dinge eine Anhörung des Betroffenen praktisch erst nach einem gerichtlichen Akt möglich wäre, in diesem Zeitpunkt aber keine zu überprüfenden Folgen mehr vorliegen"; als Beispiel - und insoweit vertritt er die herrschende Meinung - führt er eine ergebnislos gebliebene Durchsuchung an. In diesem Zusammenhang seien genannt alle diejenigen Zwangsmaßnahmen, die auch die Staatsanwaltschaft und die Polizei bei "Gefahr im Verzug" vornehmen können und bei denen sich die Maßnahme dann mit dem Vollzug erledigt, z.B. die Haussuchung oder Fernmeldeüberwachung.

[2] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117.

[3] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 116.

[4] PETERS, JR 1973, 341 (342).

2. Die Strafprozeßordnung als Ansatzpunkt für die Zulässigkeit eines lediglich feststellenden Rechtsschutzzieles

Verweigern somit Rechtsprechung und die vorherrschende Ansicht im Schrifttum dem Betroffenen jeglichen Rechtsschutz durch die Instanzgerichte, so hält eine Mindermeinung in der Literatur trotz Erledigung der an sich auch im Beschwerdewege anfechtbaren Maßnahme ein Rechtsschutzziel im Rahmen der §§ 304 ff StPO für zulässig, das entweder darauf gerichtet ist, durch nachträgliche Aufhebung der Anordnung der durchgeführten Zwangsmaßnahme die Grundlage zu entziehen[1] oder das schlicht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der erledigten Anordnung lautet[2].

Ausgangs- und Ansatzpunkt der Überlegungen für eine Lösung dieser Problematik ist vorrangig die Strafprozeßordnung selbst. Es wird deshalb im folgenden zunächst zu untersuchen sein, ob dem Strafverfahrensrecht Anhaltspunkte für das von der vorgetragenen Mindermeinung propagierte Rechtsschutzziel überhaupt zu entnehmen sind[3].

a) Zulässigkeit dieses Rechtsschutzzieles im Rahmen der §§ 304, 305 S. 2 StPO im Wege erweiternder Auslegung

aa) Auslegung gemäß dem Wortsinn

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der

---

[1] Vgl. PETERS, JR 1973, 341 (342).

[2] Vgl. WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 116 und Fn. 101 auf der gleichen Seite.

[3] Auszugehen ist also vorrangig von der Stufe der Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts (vgl. hierzu OSSENBÜHL, NJW 1976, 2100 (2102, 2107).

[illegible] Vorschrift[1]. Bild ist [illegible] Zusammenhang, [illegible] – gesehen, das [illegible] Bestimmungen [illegible] Verfassungsrecht [illegible] erwähnt sei[2]; [illegible] aus dem Urteile des [illegible], Bd. 2 [illegible] die Grundrechte solcher Bestimmungen zum [illegible] verletzt werden. Dazu [illegible] Abs. 1 GG, [illegible] allgemein lediglich die Rede von "Gesetz(en) von den Gerichten in erster Reihe und in Verfassungsrechtlich erlassenen Rechtsnormen(n) und ... Verfügungen des Vollziehenden, das Bestehen in Vorschriften oder eines Gesetzes oder erlassener Bestimmungen ..."

aa) Die systematische Auslegung

Die erweiterte systematische Auslegungsmethode zielt auf die Stellung einer einzelnen Vorschrift im Gesamtgefüge des Gesetzes ab und will ihren Zusammenhang mit anderen Bestimmungen dieses Gesetzes aufzeigen[3]. Hierin wird das Bemühen deutlich, jeden Bestandteil nicht isoliert, sondern zugleich als Bestandteil eines Ganzen zu verstehen und zu würdigen[4].

---

[1] Vgl. etwa KIRCHHOFF, DVBl. [illegible] S. 5. Der [illegible] Auslegung des Wortlaut der Vorschrift nach als grammatische Auslegung bezeichnet. Siehe hierzu auch allgemein LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975, S. 332 und S. 307 ff; ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971, S. 77 ff und Nr. 72 auf S. 217; PETERS, Der neue Strafprozeß, 1975, S. 65 ff; vgl. allgemein zur Reihenfolge der Auslegungsmittel: Die Aufzählung bei KAMIAH, Die Reihenfolge der Interpretationsmittel, in: Juristische Logik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 14 ff.

[2] WEIP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 116.

[3] Vgl. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 331 und 332 ff.

[4] BVerfGE 19, 206 (220); 30, 3 (19); [illegible] DÖV 1965, 649 (654).

cc) Die teleologische Auslegung

Diese Art der Auslegung stellt insbesondere ab auf den Sinn und Zweck der Norm; sie will den Grundgedanken der gesetzlichen Vorschrift erforschen, will ergründen, welche Zwecke der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Regelung verfolgte und welche Lösung einer Rechts- oder sozialpolitischen Aufgabe ihm vorschwebte, um auf diese Weise den Sinn der Bestimmung offenzulegen[1].

Indes sind die zwei letzteren Auslegungsmethoden nicht immer säuberlich voneinander abgrenzbar, wie ENGISCH dargelegt hat[2].

Dies ist m.E. aber auch nicht unbedingt erforderlich, da beide Methoden letztlich nur als Hilfsmit-

---

[1] ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl. 1971, S. 74, 79 f, 97; vgl. auch LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 333 ff, der die teleologische Auslegung aufspaltet in eine historisch-teleologische und eine objektiv-teleologische. Seien bei der ersteren Auslegungsart die Regelungsabsicht und die Zwecke des Gesetzgebers zu ermitteln, so sei bei der objektiv-teleologischen Auslegung abzustellen auf Kriterien, die dem Gesetzgeber selbst möglicherweise gar nicht bewußt gewesen seien; zurückzugreifen sei demnach auf folgende Kriterien: die "Natur der Sache", die Sachstrukturen des Normbereichs und die der Rechtsordnung immanenten Rechtsprinzipien (vgl. hierzu auch LARENZ, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für E. R. Huber, 1973, S. 291 (295/296); BACHOF, JZ 1963, 697 (698).

[2] ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971, S. 79.

tel zur Auslegung von Gesetzesvorschriften[1] verstanden werden sollten. Entscheidend sollte vielmehr die Tatsache sein, daß die Auslegung ihre Grenze findet an der "erkennbare(n) Regelungsabsicht und die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Wertentscheidung"[2].

So war nach der die Strafprozeßordnung beherrschenden Systematik die vorherige Mitwirkung des Richters bei der Anordnung solcher strafprozessualen Untersuchungshandlungen erforderlich, die mit ihrem Vollzug irreparabel werden[3]. Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen wird ersichtlich, daß der Gesetzgeber eine richterliche Kontrolle verwirklichen wollte, die bereits präventiven Rechtsschutz bezwecken und dem Richter das erste Wort zugestehen sollte. Mit dieser Regelung sprach sich der Gesetzgeber offensichtlich gegen einen nachträglichen, lediglich feststellenden Rechtsschutz aus, der dem Richter das letzte Wort überlassen würde.

Auch aus der Zusammenstellung der einzelnen die Beschwerde regelnden gesetzlichen Bestimmungen innerhalb der Strafprozeßordnung ergibt sich eine gewisse Systematik, wenn man die §§ 304 ff StPO im Zusammenhang sieht mit der Bestimmung des § 307 StPO, setzt doch diese Vorschrift jeweils eine unvollzogene Untersuchungshandlung voraus; dies ergibt sich aus dem Wortlaut des

---

[1] Vgl. LARENZ, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für E.R. Huber, 1973, S. 291 (295), der darauf hinweist, daß die Gerichte sich oftmals - ohne nähere Begründung - einer bestimmten Auslegungsmethode bedienen, um so zum gewünschten Ergebnis zu gelangen.

[2] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 305.

[3] WELP, JZ 1972, 423 (425).

§ 307 Abs. 1 StPO, wonach "der Vollzug der angefochtenen Entscheidung nicht gehemmt" wird und aus § 307 Abs. 2 StPO, wonach die Möglichkeit besteht, "die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen". Angesprochen wird also jeweils der Vollzug der bereits zeitlich vorher angefochtenen Entscheidung mittels Beschwerde. Hiermit wird gleichzeitig der "klare objektivierte Wille(n) des Gesetzes"[1], also dessen Zielvorstellung ersichtlich, Beschwerden nur insoweit für statthaft zu erklären, als diese noch geeignet sind, die Vollziehung der Anordnung zu verhindern oder doch zumindest noch ihre teilweise Rückgängigmachung zu erreichen.

Auch insofern besteht Übereinstimmung mit der von der herrschenden Meinung vertretenen Ansicht[2].

dd) Die verfassungskonforme Auslegung

Eine verfassungskonforme Auslegung[3] und Anwendung der Strafprozeßordnung - wie sie PETERS vorge-

---

[1] PEHLE, Richterliche Rechtsfortbildung im gewerblichen Rechtsschutz, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe -, Heft 87/88 (1969), S. 1 (5).

[2] Auf die Problematik, welcher Auslegungstheorie der Vorzug zu geben ist, braucht insoweit nicht ausführlich eingegangen zu werden. Eine eingehende Übersicht zu den sogenannten subjektiven, objektiven Auslegungstheorien mit ihren jeweiligen Spielarten und zu den sogenannten Vereinigungstheorien vermittelt MENNICKEN, Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970, S. 19 ff, 24 ff, 16 f, 29 f, mit einer umfassenden und kritischen Darstellung der positiven und negativen Aspekte der vertretenen Meinungen (vgl. denselben auf S. 30 ff, 48 ff und 59 ff).

[3] Zum Aufbau vgl. MICHEL, JuS 1961, 274 ff (277), der darauf verweist, daß "die normale Auslegung ... der verfassungskonformen Auslegung unabweislich vorauszugehen hat".

schlagen hat - dürfte für die vorliegende Untersuchung wenig hilfreich sein und wäre - unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - rechtlich wohl nicht mehr als zulässig anzusehen. So darf nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine verfassungskonforme Auslegung keinesfalls "das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen"[1]. Wenn man nun den Zweck des Gesetzes und den durch § 307 StPO deutlich erkennbaren objektivierten Willen dieses Gesetzes berücksichtigt, wie oben bereits dargelegt, so würde eine verfassungskonforme Auslegung der so herausgearbeiteten Zielrichtung der Strafprozeßordnung zuwiderlaufen. Eine verfassungskonforme Auslegung der Beschwerdevorschrift des § 304 StPO dürfte deshalb nicht angebracht sein, zumal unter dem Gesichtspunkt, daß auch die verfassungskonforme Auslegung nur Auslegung und nicht

---

[1] BVerfGE 8, 28 (34); vgl. auch BVerfGE 9, 194 (200); 18, 97 (111); 20, 167 (218); BGHSt 13, 102 (117); siehe in diesem Zusammenhang auch LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 329; PRÜMM, JuS 1975, 299 (302); BOGS, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1966, S. 68; KLEINKNECHT, StPO, Einl. 9 B; HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 32; STERN, NJW 1958, 1435; SPANNER, AöR 91 (1966), 503 (510 f); vgl. auch EVANS- v. KRBEK, FamRZ 1977, 371.

etwa Lückenergänzung sein soll[1].

b) Umsetzung des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzzieles auf das Stafverfahrensrecht mittels Analogie

§ 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG könnte in diesem Zusammenhang als eine analogiefähige Norm in Betracht kommen, da sie das Rechtsschutzziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten Maßnahme beinhaltet[2].

Eine Analogie setzt eine Lücke voraus im Gesetzeswerk. Eine solche könnte dann bejaht werden, wenn man zwar die Statthaftigkeit des Rechtsschutzzieles der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten Maßnahme bzw. der Aufhebung der Anordnung verneinen, gleichzeitig aber innerhalb des Strafverfahrensrechts hiermit eine Gesetzeslücke bejahen könnte. Indes ergeben sich Zweifel an einer Analogiefähigkeit insoweit, als nur dann von einer Gesetzeslücke gesprochen werden kann, wenn von einer "plan-

---

[1] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl 1975, S. 329; PRÜMM, JuS 1975, 299, (302) setzt sich bereits aus einem Bedürfnis nach begrifflich klarer Systematisierung für eine saubere Trennung der Elemente der juristischen Methodik, also Auslegung, Lückenergänzung, Gesetzesberichtigung, ein: deshalb müsse auch die verfassungskonforme Auslegung "Auslegung" bleiben und sei also nur insoweit zulässig, als sie noch vom Wortlaut und Willen des Gesetzes gedeckt werde; PEHLE, Richterliche Rechtsfortbildung im gewerblichen Rechtsschutz, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe -, Heft 87/88 (1969), S. 1 ff(5); SCHACK, JuS 1961, 269 ff (271 f); PAPPERMANN, NJW 1976, 1341 (1344).

[2] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 116; HAFFKE, NJW 1974, 1983 (1985).

widrige(n) Unvollständigkeit"[1] des Gesetzes ausgegangen werden kann.

Diesen Begriff erläutert ENGISCH[2], indem er ausführt: "von einer Lücke im (positiven) Recht kann nämlich nicht schon dann gesprochen werden, wenn innerhalb des Rechts eine Regelung, deren Vorhandensein wir uns vorstellen, nicht vorhanden ist. Wir dürfen eine Regelung nicht nur vermuten, wir müssen sie vermissen, falls ihr Nichtvorhandensein sich als 'Lücke' darstellen soll. Das Nichtvorhandensein der betreffenden Regelung kann aber einem maßgeblichen Plan des Gesetzgebers bzw. des Gesetzes entsprechen und bedeutet dann keine 'Lücke', die sich ja stets als ein solcher Mangel darstellen muß, dem wir zu Leibe rücken befugt sind."

Bei Vorliegen eines solchen Planes sollen nämlich die vom Gesetzgeber zwar gesehenen, aber ausdrücklich nicht in das Gesetz aufgenommenen Tatbestände[3] gerade nicht die diesen Tatbeständen entsprechenden Rechtsfolgen auslösen[4].

---

[1] ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971, S. 138; LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 358; vgl. auch ELZE, Lücken im Gesetz, 1961, S. 3 f; ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971, S. 137 f; CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 127; LARENZ, NJW 1965, 1 (2); BÜCKING, ZZP 88 (1975), 307 (312); LIEB und WESTHOFF, DB 1973, 69 (72).

[2] ENGISCH, Einführung in das jurstische Denken, 5. Aufl. 1971, S. 138; vgl. auch SAUER, Juristische Methodenlehre, 1940 (Neudruck 1970), S. 383 - 386.

[3] MENGER, VerwArch. 65 (1974), 195 (199).

[4] Vgl. LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 31 (40/41).

Ist letzteres dagegen auszuschließen, so kann nach den obigen Ausführungen von ENGISCH eine sogenannte "anfängliche Lücke" bejaht werden. Als Maßstab zum Auffinden einer solchen Lücke dient insbesondere die ursprüngliche Regelungsabsicht des Gesetzgebers[1].

Darüber hinaus ist aber auch das Bestehen nachträglicher Lücken[2] anerkannt, solcher Lücken also, die der Gesetzgeber noch gar nicht hat vorhersehen können[3]. Um klarzustellen, ob in diesen Fällen eine (nachträgliche) Lücke vorliegt, hält LARENZ[4] - wie bei der Feststellung der anfänglichen Lücken im Gesetz - "die Regelungsidee, die innere Teleologie des betreffenden Gesetzeswerkes selbst" für maßgeblich[5].

Das Vorliegen einer solchen planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes ist scharf abzugrenzen von dem sogenannten "rechtspolitischen Fehler" eines Gesetzes, der sich erst nachträglich als falsche Entscheidung des damaligen Gesetzgebers herausstellt[6]. Ein sol-

---

[1] LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 31 (41).

[2] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 364 ff; CANARIS, Tarifdispositive Normen und richterliche Rechtsfortbildung, in: Gedächtnisschrift für Carl Dietz, 1973, S. 199 (222).

[3] Solche Lücken können z.B. entstehen durch technische Entwicklungen, Veränderungen der gesellschaftlichen Verhältnisse, Änderung rechtlicher Wertvorstellungen etc.

[4] LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 31 (41).

[5] Vgl. LIEB und WESTHOFF, DB 1973, 69 (72).

[6] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 358/359; vgl. auch ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971, S. 138, der diesen Fall auch als eine "rechtspolitische Lücke", eine "kritische Lücke" oder eine "unechte Lücke" kennzeichnet; LIEB WESTHOFF, DB 1973, 69 (73).

ches Gesetz ist - aus der Gegenwart gesehen - nicht unvollständig, sondern allenfalls verbesserungsbedürftig[1], weil die hier niedergelegte Regelung "einer rechtspolitischen Kritik nicht (mehr) standhält"[1]. Da ein solches Gesetz somit nicht unvollständig, sprich lückenhaft ist, kommt auch nicht eine Lückenausfüllung, sondern allenfalls eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung in Betracht[2].

Ob eine solcherart beschriebene "anfängliche Lücke" indes in der vorliegenden Untersuchung zu bejahen ist, erscheint doch zweifelhaft.

So begründet die herrschende Meinung die Nichtstatthaftigkeit eines solchen Rechtsschutzzieles ja auch stets damit, dem Beschwerdeverfahren nach der Strafprozeßordnung seien lediglich feststellende Entscheidungen fremd, und diese seien somit unzulässig[3]. Zwar wird eine unmittelbar überzeugende Begründung hierfür nicht gegeben. Aber diese kann zum einen - bezogen auf die Hauptverhandlung - aus dem Wesen des Strafprozesses insofern hergeleitet werden, als man diesen Prozeß als einen Vorgang be-

---

[1] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 359; HOFER, DB 1972, 1824 (1828); vgl. auch bereits SAUER, Juristische Methodenlehre, 1940 (Neudruck 1970), S. 283.

[2] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 359; ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971, S. 138, hält dagegen den Richter zu einer solchen Rechtsfortbildung für nicht befugt.

[3] BGH, NJW 1973, 2035 (2035); KG, NJW 1975, 354 (355); OLG Celle, JR 1973, 339 (340); KG, JuS 1972, 219 (219); mittelbar auch BGHSt 10, 88 (91), wenn er folgendes ausführt: "Unbestritten schließt das Gesetz nämlich die Beschwerde entgegen dem Wortlaut des § 304 Abs. 1 StPO in gewissen Fällen auch stillschweigend aus; so, wenn es einen anderen Rechtsbehelf gewährt (wie in § 181 Abs. 1 Satz 1 und § 319 Abs. 2 StPO), wenn die Beschwerdeentscheidung durch den Verfahrensgang überholt ist ..."

greift, der sich "in fest voneinander geschiedenen Lagen fortentwickelt und wo jeder Eintritt in eine neue Lage präklusivische Wirkungen äußert"[1,2].

Präklusion heißt aber nichts anderes als Ausschluß und bedeutet laut CREIFELDS, daß "nach gesetzlicher Bestimmung ... unter gewissen Voraussetzungen eine Ausschlußwirkung für bestimmte Rechte oder Rechtslagen eintreten"[3] kann. Typischer Einzelfall hierfür ist die sogenannte "prozessuale Überholung".

Dieser präklusivischen Wirkung kann nun entnommen werden, dem Betroffenen jegliche Möglichkeit zu entziehen, die vor dieser Zäsur liegenden (abgeschlossenen) Maßnahmen auf ihre Rechtmäßigkeit hin im Beschwerdeverfahren überprüfen zu lassen, da diese Maßnahmen ja gerade nicht mehr Gegenstand einer solchen Nachprüfung sein sollen. Also verbietet sich auch eine (nachträgliche) Feststellung der Rechtswidrigkeit solcher erledigter Maßnahmen.

Dieses Ergebnis findet seine Bestätigung in der Bestimmung des § 307 StPO[4].

Dieser dem Strafverfahrensrecht innewohnende Zweck wird auch ersichtlich aus den Materialien zur Straf-

---

[1] GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 520.

[2] Das Oberlandesgericht Celle, JR 1973, 229 (340), hat diese Unzulässigkeit mit dem Ziel des Strafverfahrens erklärt, eine abschließende Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Angeklagten herbeizuführen. Alle dieser endgültigen Gerichtsentscheidung vorangehenden Entscheidungen des Gerichts, die an sich mit der Beschwerde, §§ 304 Abs. 1, 305 S. 2 StPO, anfechtbar sind, seien deshalb nicht mehr selbständig anfechtbar, weil sie durch den Verfahrensgang prozessual überholt seien.

[3] CREIFELDS, Rechtswörterbuch, 3. Aufl. 1973, S. 846.

[4] Insoweit kann verwiesen werden auf die bereits hierzu angestellten Erwägungen auf S. 47 ff.

prozeßordnung bei HAHN[1]. So ist hier die Frage des Abgeordneten von Puttkammer festgehalten, ob die Beschwerde im Sinne des § 291 S. 2 StPO (heute § 305 S. 2 StPO) nicht auch gegen Verfügungen zulässig sei, wodurch Haussuchungen angeordnet worden seien. Zwar war sich der Abgeordnete bewußt, daß hierdurch "die Thatsache nicht rückgängig" gemacht werden könne, wohl aber meinte er, es könne eine "rüge ertheilt werden", Letztere Möglichkeit wurde aber mit dem Hinweis abgetan, die Strafprozeßordnung sehe eine Regelung, Rügen zu erteilen, nicht vor[2].

Wenn auch das Anliegen des Abgeordneten von Puttkammer wohl in erster Linie auf eine Erweiterung des Katalogs des § 291 S. 2 StPO gerichtet war, so könnte doch seine Fragestellung auch die Beschwerdemöglichkeit gegen bereits vollzogene Haussuchungen mit umfaßt gehabt haben. Denn als "Thatsache" kann nur rückgängig gemacht werden ein reales, in der Vergangenheit liegendes Geschehnis. Dagegen könnte eine noch nicht in Vollzug gesetzte Anordnung zur Haussuchung - soweit § 305 S. 2 StPO dies zuließe - mittels Beschwerde jederzeit noch rückgängig gemacht, d.h., aufgehoben werden. Die aus dem Vorliegen der "Thatsache" sich anknüpfende und vom Abgeordneten von Puttkammer vorgeschlagene "Rüge" könnte dann nunmehr auf eine nachträgliche Feststellung hinauslaufen.

Versteht man die Frage des Abgeordneten von Puttkammer in diesem Sinne, so würde die Absicht des Gesetzgebers deutlich, keinerlei nachträgliche Feststellungen über die Rechtswidrigkeit

---

[1] HAHN, Die gesammten Materialien zur StPO, 1. Abtheilung, 2. Aufl. 1885, S. 982.

[2] HAHN, Die gesammten Materialien zur StPO, 1. Abtheilung, 2. Aufl. 1885, S. 982.

bereits vollzogener Maßnahmen zuzulassen. Diese Auffassung wird noch verdeutlicht durch die Äußerung des Geheimen Oberregierungsrats Hanauer, wenn er anführt: "Bei Einlegung der Beschwerde gehe die Intention dahin, daß die Entscheidung baldmöglichst abgeändert oder zurückgenommen werde."[1]

Die Nichtstatthaftigkeit solcher Beschwerdeentscheidungen ergibt sich auch aus einer Sichtung der älteren Literatur zur Strafprozeßordnung. So verweisen diese Autoren fast ausnahmslos darauf, eine Beschwerdeentscheidung nur in den Fällen noch für zulässig anzusehen, in denen die Folgen der Verfügung noch unmittelbar durch die Beschwerdeentscheidung rückgängig gemacht[2], d.h. aufgehoben oder abgeändert werden können[3,4].

---

[1] Vgl. bei HAHN, Die gesammten Materialien zur StPO, 2. Abteilung, 1881, S. 1383.

[2] ULLMANN, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1893, S. 622/623; BINDUNG, Grundriss des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. 1904, S. 281/282; SCHWARZE in von HOLTZENDORFF, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Band, 1879, S. 257.

[3] BIRKMEYER, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S. 731.

[4] Lediglich im Kommentar von LÖWE, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1879, S. 740, wird darauf verwiesen, daß die Beschwerde auch dann noch zulässig sein könnte, solange es dem Beschwerdeführer noch darauf ankommen könne, die Unrichtigkeit der Entscheidung anerkannt zu sehen, auch wenn die Anordnung bereits vollzogen sei. LÖWE hat also bereits eine lediglich feststellende Beschwerdeentscheidung für statthaft erachtet, soweit der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an einer solchen Entscheidung hat vorweisen können (hiergegen SCHWARZE in von HOLTZENDORFF, Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 2. Band, 1879, S. 257 in Fn. 3). Diese Meinung hat LÖWE aber - zumindest ab der 3. Aufl. seines Kommentars von 1882 - aufgegeben und sich der herrschenden Meinung angeschlossen (vgl. LÖWE a.a.O., Anm. 2 c zu § 346 StPO).

Aus all diesen angestellten Erwägungen heraus wird deshalb das Vorliegen einer anfänglichen Lücke abgelehnt werden müssen.

Aber auch die Annahme einer sogenannten "nachträglichen Lücke" innerhalb der Strafverfahrensordnung, die "unter dem Einfluß neuer, in die Rechtsordnung rezipierter Wertvorstellungen"[1] später entstanden sein könnte, wird zu verneinen sein, insoweit man davon ausgeht, das Herausarbeiten einer nachträglichen Lücke bestimme sich durch "die Regelungsidee, die innere Teleologie des betreffenden Gesetzeswerkes selbst"[2].

Auf Grund dieser Prinzipien wird man - vornehmlich unter Beachtung der neueren Rechtsprechung[3] - aus der Verfahrensfremdheit solcher Entscheidungen auch auf eine "nachträgliche Lücke" nicht schließen können. Denn aus Sinn und Zweck der Strafverfahrensordnung - so weiterhin erkenntlich aus der Regelung des § 307 StPO - ergibt sich, daß auch unter der Geltung des Grundgesetzes lediglich feststellende Entscheidungen nicht zulässig sein sollen[4].

Eine"Lücke" wie im oben beschriebenen Sinne wäre dann gar nicht vorhanden, eine Analogie also nicht möglich.

---

[1] LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 32 (41).

[2] LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 31 (41).

[3] Vgl. etwa BGHSt 10, 88 (91); KG, JR 1972, 297 (298); OLG Celle, JR 1973, 339 (340).

[4] So im Ergebnis auch CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S. 119.

3. Erfüllung des verfassungsrechtlichen Gebotes aus Art. 19 Abs. 4 GG im Wege richterlicher Rechtsfortbildung

Mag demnach die Strafprozeßordnung von ihrem ursprünglichen Gesetzeszweck her daraufhin angelegt sein, lediglich feststellende (nachträgliche) Entscheidungen über die Rechtswidrigkeit erledigter Maßnahmen bzw. die nachträgliche Aufhebung von (ausgeführten) Anordnungen gar nicht vorzusehen, so wird es von einigen Autoren - indes wohl nur als letzter Ausweg[1] - gleichwohl für möglich gehalten, über den Rahmen einer bloßen Lückenausfüllung hinaus durch den Richter "neue Rechtsinstitute (oder Regeln[2]) (zu schaffen), die in dem ursprünglichen Plan des Gesetzes nicht vorgesehen waren, ja ihm zuwiderliefen; sei es mit Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs, ein in seiner Bedeutung erst später erkanntes Rechtsprinzip, oder ein Verfassungsprinzip"[3,4].

---

[1] Vgl. HERSCHEL, DB 1973, 2298 (2299).

[2] LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64, (1965), S. 3.

[3] LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 402; diese Fälle bezeichnet LARENZ als "gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung"; FENGE, JZ 1972, 705; siehe auch BENDER, JZ 1957, 593 (601); derselbe, MDR 1959, 441 (446); MICHEL, JuS 1961, 274 (280); ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 175 und 176, erachtet eine Unterscheidung zwischen Lückenausfüllung und Rechtsfortbildung nicht für möglich und hält die Grenze der Justiziabilität erst dann für erreicht, soweit dem Richter zugemutet werde, politische Konflikte unter juristischen Gesichtspunkten zu beurteilen (a.a.O. S. 197).

[4] Zur Definition, allgemeinen Entwicklung und Problematik des Richterrechts vgl. die umfangreichen Nachweise im Schrifttum bei SCHOLZ, DB 1972, 1771 (1771, Fn. 2) zur Frage, ob das Richterrecht als selbständige Rechtsquelle anzusehen ist; vgl. ebenfalls den Aufsatz von SCHOLZ in DB 1972, 1771 (1975 f) und umfangreiche Nachweise hierüber auf S. 1776 in Fn. 63.

Eine solche Rechtsfortbildung, mithin eine Korrektur der derzeit in der Strafprozeßordnung vorherrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, wäre nur dann möglich, wenn dem Betroffenen bei Annahme der Unzulässigkeit eines solchen Feststellungsbegehrens Rechte vorenthalten würden, die ihm durch eine Verfassungsbestimmung garantiert wären. In Betracht kommt Art. 19 Abs. 4 GG.

a) Umfang des verfassungsrechtlichen Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG

Den Umfang der sich für den Bürger aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Garantien hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen abgesteckt.

Will das Bundesverfassungsgericht in einer früheren Entscheidung dem Betroffenen wegen Art. 19 Abs. 4 GG lediglich einen "möglichst lückenlosen Schutz"[1] zusprechen, so erweitert es diese (einschränkende) Aussage in Bezug auf die Exekutive dahingehend, als es die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG jetzt darin erblickt, "die 'Selbstherrlichkeit' der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger"[2] zu beseitigen. Kein Akt der Exekutive dürfe danach, soweit hierdurch in Rechte des Bürgers eingegriffen worden sei, der richterlichen Nachprüfung ent-

---

[1] BVerfGE 8, 274 (326); vgl. auch BVerfGE 13, 153 (161); 25, 252 (265); 22, 106 (110).

[2] BVerfGE 10, 264 (267).

zogen werden[1]. Diese gerichtliche Kontrolle müsse sich auch in Bezug auf den Bürger tatsächlich effektiv auswirken[2]. Das in Art. 19 Abs. 4 GG niedergelegte Verfahrensgrundrecht dürfe deshalb auch nicht als "bloße theoretische Möglichkeit" verstanden werden, sondern müsse gesehen werden als "substanzieller Anspruch"[3] des Bürgers auf wirksame Gesichtskontrolle.

Um all diesen Anforderungen gerecht zu werden, mißt das Bundesverfassungsgericht der Verfahrensnorm des Art. 19 Abs. 4 GG nunmehr die Bedeutung bei, "umfassende(n) und effektive(n) gerichtliche(n)

---

[1] BverfGE 10, 264 (267); vgl. auch BVerfGE 25, 352 (365); 35, 65 (72/73); 35, 263 (264). Das Erfordernis der Effektivität des Rechtsschutzes wurde bereits betont von BVerwGE 16, 289 (293); 17, 83 (85); 19, 159 (161 f); OVG Lüneburg, DVBl. 1961, 520 (521); vgl. auch DÜRIG in Maunz - Dürig - Herzog, GG, Rdnr. 12 zu Art. 19 Abs. 4 GG; LERCHE, ZZP 78 (1961), S. 314 (316); BRÜGGEMANN, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, S. 127; vgl. auch das Sondervotum des Bundesverfassungsgerichts SEUFFERT in der NJW 1976, 37 zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 10. 1975 - 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74 -, veröffentlicht in der NJW 1976, 34 ff.

[2] BVerfGE 35, 263 (274); BVerfG, JZ 1976, 23 (24); die Effektivität des durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Gerichtsschutzes betont insbesondere LERCHE, ZZP 78 (1965), S. 1 (16 ff); WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 12.

[3] BVerfGE 35, 263 (274).

Schutz" zu gewährleisten[1].

Umfassender und wirksamer Rechtsschutz ist insbesondere von der dem Betroffenen gegebenen Möglichkeit abhängig, das Gericht noch so rechtzeitig anrufen zu können, daß er nicht durch Vollzug vor vollendete Tatsachen gestellt wird[2]. Genügt eine Rechtsschutzregelung nicht diesem Anspruch, so ist das vom Betroffenen geltend gemachte Recht grundsätzlich gar nicht mehr ausübungsfähig. Dem Gebot aus Art. 19 Abs. 4 GG, keine Maßnahme der

---

[1] BVerfG, NJW 1976, 747; BVerfGE 35, 263 (274); 35, 382 (401); vgl. auch bereits BVerfGE 10, 264 (267) und BVerfGE 25, 352 (365); diese Forderung war von anderen Gerichten schon vorher erhoben worden, vgl. etwa: BVerwGE, 17, 83 (85 f); 35, 69 (74); BGHZ 10, 295 (297); OVG Münster, OVGE 16, 236 (237); OVG Lüneburg, OVGE 11, 503 (505); OVG Lüneburg, DVBl. 1961, 520 (521); dieser Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG ist in der Literatur bereits länger anerkannt, vgl. etwa KLEIN in VVDStRL 8 (1950), S. 67 (78); RÖHL, JZ 1954, 65 ff (69); DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog GG, Rdnr. 9 zu Art. 19 Abs. 4 GG; siehe auch von MUTIUS, VerwArch. 63 (1972), S. 207 (208/209); LORENZ, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 13 f, S. 150 f; BAUER, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973, S. 60 f; RAETHER, Das Prinzip des Rechtsstaats in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte, Diss. 1967, S. 71; BECHER, NJW 1965, 616 (618); NAUMANN, Rechtsweg - Gerichtsweg - Zuständigkeit, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 97 (100); derselbe, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 391 (406); gegen die Ansicht, in Art. 19 Abs. 4 GG die Garantie umfassender Gerichtsschutzgewähr zu erblicken, wendet sich LERCHE, ZZP 78 (1965), S. 1 ff (20); vgl. auch KAISER, NJW 1961, 1102 und ZRP 1972, 275, der durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht einen lückenlosen Rechtsschutz gewährleistet sieht; siehe auch OETTL, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971, S. 85 f.

[2] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 12.

Behörde, die in Rechte der Bürger eingreife, der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, wäre in diesem Falle nur dank präventiver richterlicher Kontrolle nachzukommen[1]. Ist eine solche vorherige Einschaltung des Richters gesetzlich nicht vorgesehen, und kann vor Erledigung des Eingriffs eine richterliche Kontrolle behördlichen Handelns nicht herbeigeführt werden, so ist unter dem Aspekt der Art. 19 Abs. 4 GG offenbar ein nachträgliches, lediglich feststellendes Rechtsschutzziel verfassungsrechtlich festgeschrieben.

Diese weitgefaßte und den Rechtsuchenden begünstigende Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG erfährt aber durch das Bundesverfassungsgericht selbst wiederum wesentliche Einschränkungen. So gewährleiste Art. 19 Abs. 4 GG einmal den Rechtsweg nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozeßordnungen[2]. Zum anderen garantiere Art. 19 Abs. 4 GG nicht eine bestimmte, dem Charakter der öffentlichen Gewalt jeweils angepaßte Verfahrensart[3], sondern stelle lediglich sicher, daß den Bürger in seinen Rechten belastende Maßnahmen hoheitlicher Art in "irgendeinem gerichtlichen Verfahren überprüft werden können"[4].

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 13.

[2] BVerfGE 10, 264 (268); 27, 297 (310); BVerfG, JZ 1976, 23 (24); vgl. auch BFH, JZ 1963, 261 (262); wie das Bundesverfassungericht vgl. etwa: LEIBHOLZ/RINCK, Grundgesetz, 5. Aufl. 1975, Rdnr. 15 zu Art. 19 GG; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 1973, Rdnr. 18 zu Art. 19 GG; HAMANN-LENZ, Grundgesetz, 3. Aufl. 1970, Anm. B 17 zu Art. 19 GG.

[3] BVerfGE 31, 364 (368).

[4] BVerfGE 31, 364 (368); kritisch zu dieser Entscheidung von MUTIUS, VerwArch. 63 (1972), 207 ff (insbesondere S. 208/209).

Der letzteren Aussage des Bundesverfassungsgerichts kommt vorliegend keine Bedeutung mehr zu, da wegen des Ausschlusses des Rechtsweges gemäß den §§ 23 ff EGGVG Rechtsschutz lediglich im Rahmen der Strafprozeßordnung selbst in Frage kommt.

Wenn auch insoweit die erstere der vom Bundesverfassungsgericht aufgeführten Einschränkungen für sich allein betrachtet möglicherweise mißverständlich ist, so darf sie doch nicht dahin verstanden werden, als habe sich Art. 19 Abs. 4 GG als verfassungsrechtliche Bestimmung an einfachen verfahrensrechtlichen Gesetzen auszurichten - so aber im Ergebnis das Bundesverwaltungsgericht[1] -, denn eine solche Auslegung würde eine Rangverschiebung zwischen Gesetz und Verfassung bedeuten[2]. Daß das Bundesverfassungsgericht seine Aussage in der Entscheidung der amtlichen Sammlung Band 10, 264 (268) nicht in dem vom Bundesverwaltungsgericht[3] in Anlehnung hierauf bezogenen Sinne gemeint haben kann, macht eine spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts deutlich[4]. Zwar bleibt es bei seiner prinzipiellen Aussage, durch die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG werde der Rechtsweg nur im Rah-

---

[1] BVerfG, DÖV 1965, 169, das mit Hinweis auf BVerfGE 10, 264 (268) die rechtsschutzfüllende Funktion des Art. 19 Abs. 4 GG verneint.

[2] Vgl. von ENGELHARDT, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, S. 118; RENCK, JuS 1966, 273 (275, 276 und Fn. 26); MAURER, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 275 ff (277); von MUTIUS, VerwArch. 63 (1972), 207 ff (208, 209); vgl. auch BAUER, Effektiver Rechtsschutz im Rechtsstaat, 1973, S. 78 f; von BALLY, Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren, Diss., 1972, S. 50.

[3] Vgl. BVerwG, DÖV 1965, 169.

[4] BVerfGE 35, 348 (360).

men der bestehenden Prozeßordnungen gewährleistet[1]. Es fügt aber hinzu, eine prozeßordnungsrechtliche Bestimmung sei "im Lichte der verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze von den Gerichten anzuwenden"[2]. Richtschnur und Ausgangspunkt aller Überlegungen muß deshalb die Verfassung selbst bleiben und nicht umgekehrt die lediglich zu ihrer Konkretisierung erlassenen Verfahrensordnungen[3].

Eine andere Frage ist jedoch, in welcher Weise, also wie im einzelnen, der Rechtsschutz ausgestaltet sein muß, ob und inwieweit also auch Art. 19 Abs. 4 GG über die grundsätzliche Garantie der Gewährleistung effektiven und lückenlosen Rechtsschutzes hinaus Einfluß auf die Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsweges hat, verbietet doch Art. 19 Abs. 4 GG nach gesicherter Rechtsprechung nicht nur die gänzliche Versagung des Gerichtsschutzes, sondern bereits die unzumutbare Erschwerung des Zugangs des rechtsuchenden Bürgers zum Gericht[4].

---

[1] BVerfGE 10, 264 (268); vgl. jetzt wieder BVerfG, NJW 1976, 141.

[2] BVerfGE 35, 348 (360), wörtlich führt das Bundesverfassungsgericht aus: "...auch durch die Rechtsweggarantien der Art. 14 Abs. 3 S. 4 und Art. 19 Abs. 4 GG werde der Rechtsweg nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozeßordnung gewährt. Diese Auffassung ist im Prinzip richtig; sie setzt aber neben der bereits erörterten Verfassungsmäßigkeit der anzuwendenden Prozeßvorschrift deren verfassungskonforme Anwendung voraus. Das wird verkannt, wenn Inhalt und Umfang verfassungsrechtlicher Rechtsschutzgarantien nach den Vorschriften der Prozeßgesetzes bestimmt werden."

[3] Vgl. KOHLMANN, Der Anspruch des Beschuldigten auf schnelle Durchführung des Ermittlungsverfahrens, in: Festschrift für Reinhard Maurach, 1972, S. 501 (508).

[4] Vgl. BVerfGE 10, 264 (268); BVerfG, NJW 1967, 1219 (1221); siehe auch BVerfGE 37, 93 (96); BVerfG, JZ 1976, 23 (24); BVerfG, NJW 1976, 34 (35); vgl. auch das Sondervotum des Richters SEUFFERT, NJW 1976, 37: "Auch gesetzliche Regelungen sind aber verfassungsgerichtlich darauf zu prüfen, ob sie den Weg zu den Gerichten in mit Art. 19 IV GG vereinbarer Weise erschweren".

Wenn auch grundsätzlich anerkannt ist, daß die verfahrensrechtliche Ausgestaltung jeweils Sache des Gesetzgebers, mithin durch diesen in den Prozeßordnungen zu regeln ist[1] und deshalb auch verschiedene Rechtsschutzformen für bestimmte Rechtsgebiete möglich und zulässig sind[2], so setzt sich doch zumindest im neueren Schrifttum die Meinung durch, bereits die ungünstige[3] oder unvollständige[4] Ausgestaltung eines vorhandenen Rechtsweges[5], die den hierdurch an sich gegebenen Rechtsschutz des Bür-

---

[1]BVerfGE 27, 297 (310); BVerfG, JZ 1976, 23 (24); von ENGELHARDT, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, S. 119 (insbesondere mit weiteren Nachweisen in Fn. 32 auf dieser Seite); vgl. auch hierzu BAUER, Effektiver Rechtsschutz im Rechtsstaat, 1973, S. 79: "Da sich das gerichtliche Verfahren ohne geltende Prozeßordnungen im gesetzesleeren Raum befinden und damit der Rechtssicherheit und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit richterlicher Rechtsanwendung widersprechen würde, zudem der Rechtsstaat des Grundgesetzes keine gesetzgeberische Einzelausgestaltung ersetzen kann, bleibt Ausgangspunkt der Betrachtung die Prozeßordnung auf der Ebene des einfachen Gesetzes. Ohne Prozeßordnungen bestünde Raum für gerichtliche Willkür in der Ausgestaltung der einzelnen Verfahren, und würde die Gewaltenbalance in einem zu weit gehenden Maße zugunsten der Rechtsprechung verschoben werden."; LORENZ, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 255; RENCK, JuS 1966, 273 (276); MAURER, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 175 (277).

[2]MAURER, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 275 (277).

[3]von ENGELHARDT, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, S. 119.

[4]LORENZ, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 274; BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. 1968, S. 17; OBERMAYER, DVBl. 1956, 625 (632); vgl. auch OVG Münster, DÖV 1958, 717 (718); TIETGEN, NJW 1956, 1129, (1131); SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1819).

[5]Vgl. auch bereits KLEINKNECHT, JZ 1953, 531 (537).

gers in bestimmten Verfahrenslagen oder wegen vorzeitigen Eintritts der Erledigung strafprozessualer Maßnahmen beschneidet[1], so daß sie sich als faktische Rechtswegsperre[2] erweist, genüge nicht mehr dem Verfassungspostulat[3] des Art. 19 Abs. 4 GG. Solche Prozeßbestimmungen müßten dann durch Art. 19 Abs. 4 GG unmittelbar korrigiert oder ergänzt werden[4]. Letzteres erlangt Bedeutung insbesondere in

---

[1] Vgl. auch die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes in BayVerfGH 25, (1972), S. 116 (117), der diese Aussage unmittelbar entnommen werden kann.

[2] LORENZ, NJW 1977, 865 (871).

[3] von ENGELHARDT, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, S. 199; vgl. allgemein dazu auch WEBER, Über die Verläßlichkeit des Grundgesetzes, in: Standorte im Zeitstrom, Festschrift für Arnold Gehlen zum 70. Geburtstag, S. 293 ff (409), der resignierend auf die nachlassende Effizienz im verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz verweist, da die moderne Verwaltung sich in wachsendem Außmaße nichtjustiziabler Pläne als Gestaltungsmittel bediene (a.a.O. S. 409) und so die Rechtswegklausel des Art. 19 Abs. 4 GG unterlaufe (a.a.O. S. 396).

[4] Vgl. MAURER, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 275 (277); RENCK, JuS 1966, 273 (276); von ENGELHARDT, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, S. 119; HANACH, JR 1971, 273 (275) verdeutlicht dies am Beispiel des Verfahrens nach den §§ 23 ff EGGVG: selbst wenn behauptet werde, der Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG sehe keine Leistungsklage vor (so mit Hinweis auf eine fehlende Regelung entsprechend § 113 Abs. 3 VwGO KLEINKNECHT, StPO, Anm. 6 zu § 23 EGGVG), so "wird man die beim damaligen Stand der Dogmatik ersichtlich noch nicht bekannten Fälle dieses Beseitigungsanspruchs heute wohl doch durch Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG in das System des vorgesehenen Rechtsschutzes einzubeziehen haben, weil das allein dem Art. 19 Abs. 4 GG entspricht"; vgl. auch BACHOF, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Aufl. 1964, S. 104; von BALLY, Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren, Diss. 1972, S. 50; GEIGER, Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexesse, in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S. 61 (64/66).

den Fällen, in denen eine Rechtsmaterie ausschließlich der Kontrolle in einer bestimmten Verfahrensart - hier also der Strafprozeßordnung - unterliegt[1].

Die hier vorgetragene Ansicht findet ihre Bestätigung in höchstrichterlicher Rechtsprechung. So führt der Bundesgerichtshof aus: "Art. 19 Abs. 4 GG erschöpft sich nicht darin, den ordentlichen Rechtsweg hilfsweise zu eröffnen, sondern er erweitert auch einen an sich gegebenen, aber in seiner Ausgestaltung unvollständig gebliebenen besonderen Rechtsweg."[2]

Der Bundesgerichtshof spricht sich also offenbar gegen eine Befugnis des Gesetzgebers aus, nach Belieben darüber zu bestimmen, zu welcher Zeit, in welcher Form und mit welchem Rechtsschutzziel[3] der jeweilige Rechtsschutzweg beschritten werden dürfe.

---

[1] Vgl. HENKEL, Die Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes auf dem Gebiete der Strafrechtspflege nach den §§ 23 ff EGGVG, Diss., 1969, S. 35/36.

[2] BGH, NJW 1961, 922 (923) = BGHZ 34, 244 (249 f); vgl. neuerdings auch BVerfG, NJW 1976, 747: "Diese (= Art. 19 Abs. 4, 103 Abs. 1 GG) einander ergänzenden verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien können nicht nur dem Gesetzgeber Schranken bei der Ausgestaltung der Regeln über den Zugang zu den Gerichten, insb. der Formen und Fristen, setzen"; vgl. jetzt auch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, 1255, in dem es feststellt, daß die Fachgerichte die aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleiteten Grundsätze bei Auslegung und Anwendung des einfachen Verfahrensrechts im Einzelfall zu beachten haben.

[3] So aber BETTERMANN, AöR 86 (1961), S. 129 (160); vgl. aber auch BETTERMANN, AöR (1971), S. 528 (549), wo er seine Aussage insoweit einschränkt, als er dem einfachen Gesetzgeber nicht völlig freie Hand in der Ausgestaltung der Verfahrensordnungen geben will; siehe auch BAUER, Effektiver Rechtsschutz im Rechtsstaat, 1973, S. 81.

Die Vorführung ist - wie dargelegt[1] - eine solche strafprozessuale Untersuchungshandlung, die materiell beendet und prozessual erledigt ist, bevor der Betroffene den Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Sinne der §§ 161 a Abs. 3 S.1 und 163 Abs. 3 S. 3 StPO stellen kann. Obwohl demnach der Gesetzgeber Rechtsschutz gegen entsprechende Eingriffe der Staatsanwaltschaft für erforderlich hält, kommt diesen Rechtsbehelfen in der Praxis keine Bedeutung zu, soweit sie sich rechtsschutzmäßig lediglich auf noch nicht erledigte Vorführungen erstrecken. Ein solcher - restriktiv verstandener - Rechtsschutz kommt in seiner Auswirkung einer faktischen Rechtswegsperre gleich. Dem Bürger bliebe demnach im Falle seiner Vorführung von vornherein lediglich eine theoretische Möglichkeit, das Gericht anzurufen. Ein solches Rechtsschutzverständnis widerspräche der Intention des Art. 19 Abs. 4 GG, dem Betroffenen bei Verletzung seiner Rechte durch einen Akt der öffentlichen Gewalt umfassenden Rechtsschutz zuteil werden zu lassen. Folglich muß dem Bürger insoweit auch noch nach Beendigung des Eingriffs eine Rechtsschutzmöglichkeit verbleiben. Der ehedem statthaft gewesene Antrag auf gerichtliche Entscheidung hätte sich danach unter der Herrschaft des Art. 19 Abs. 4 GG aus einem Abwendungs-/Aufhebungsanspruch umgewandelt in einen bloßen Feststellungsanspruch, also von einem Primär- in einen Ersatzanspruch[2].

---

[1] Vgl. die Ausführungen hierzu auf Seite 27.

[2] PETERS, JR 1973, 341 (342); so auch angedeutet von PETERS, JR 1973, 341 (342), indem er vorschlägt, trotz der angeschlossenen Durchsuchung den Durchsuchungsbefehl aufzuheben und so der Durchsuchung die rechtliche Grundlage zu entziehen.

Hieraus erhellt auch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Saarbrücken[1], das in einem solchen Fall eine Aufhebung der erledigten Maßnahme in Betracht gezogen hat, um möglicherweise noch hiermit auf der Linie der herrschenden Meinung zu verbleiben und um dem oben aufgezeigten Primäranspruch zu genügen. Da eine solche nachträgliche Aufhebung einer tatsächlichen Handlung aber bereits logisch nicht möglich ist[2], ist es sachgerechter, hier lediglich von der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser erledigten Anordnung zu sprechen[3].

Dieser Antrag ist dann ein Feststellungsantrag, wie er bereits in § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG vorgezeichnet ist. Hiernach ist - in Anlehnung an die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum gleichlautenden § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO - die angefochtene Entscheidung erledigt, wenn ihr eigentlicher, der Vollziehung fähiger Inhalt gegenstandslos geworden ist[4]. Dies trifft auch zu auf eine bereits vollzo-

---

[1] OLG Saarbrücken, JVBl. 1964, 40, Leitsatz c): "Auch bei vollzogenen Maßnahmen kann eine Aufhebung durch das Gericht erfolgen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die beanstandete Maßnahme wieder rückgängig gemacht werden kann oder nicht"; vgl. auch BayVerfGH, NJW 1969, 229 (230); OLG Bremen, JVBl. 1961, 191; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 3 a zu § 28 EGGVG.

[2] Vgl. SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), S. 332 (353).

[3] Anders im Falle der §§ 113 Abs. 1 S. 2 VwGO, 28 Abs. 1 S. 2 EGGVG: Diese Paragraphen betreffen Maßnahmen, bei denen eine Aufhebung der Maßnahme noch möglich, sie also rückgängig zu machen ist; vgl. hierzu OVG Hamburg, DVBl. 1967, 422 (424); siehe auch KG, NJW 1972, 169 (170, 171).

[4] BVerfGE 26, 161 (165); OVG Berlin, JR 1970, 435 (436); OVG Hamburg, DVBl. 1967, 422 (424); kritisch hierzu MARTENS, DVBl. 1970, 476 (480).

gene und nicht mehr rückgängig zu machende Maßnahme[1]. Für die Aufhebung der erledigten Maßnahme fehlt es demnach bereits am Rechtsschutzbedürfnis[2].

Soweit die Finanzbehörde als Vertreterin anstelle der grundsätzlich zuständigen Justizbehörde Staatsanwaltschaft die Ermittlungen wegen Steuerstraftaten selbständig betreibt, §§ 386 Abs. 2, 385 Abs. 1 AO, ergeben sich bezüglich der zu diesem Zweck erlassenen Anordnungen rechtsschutzmäßig keine Unterschiede[3].

Dies trifft gleichermaßen zu auf alle im folgenden noch zu prüfenden strafprozessualen Untersuchungshandlungen. Denn das Finanzamt ist insoweit eine selbständige Ermittlungsbehörde, durchstrukturiert wie das Rechtspflegeorgan Staatsanwaltschaft und befugt zur Anordnung all derjenigen Zwangsmaßnahmen, zu der die Strafprozeßordnung auch die Staatsanwaltschaft ermächtigt[4,5].

---

[1] Vgl. KG, NJW 1972, 169 (170).

[2] OVG Hamburg, DVBl. 1967, 422 (424); KG, NJW 1972, 169 (170).

[3] Vgl. KOHLMANN, Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht, 1972, unter Verfahrensrecht, Rdnr. 93 und 112; vgl. auch OLG Stuttgart, NJW 1972, 2146; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 2 e zu § 23 EGGVG; a.A. HENNEBERG, DB 1973, 1468 (1471), soweit die Anordnung des Finanzamts als Prozeßhandlung zu qualifizieren ist.

[4] KOHLMANN, Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht, 1972, unter Verfahrensrecht, Rdnr. 39 in Verbindung mit Rdnr. 19.

[5] Eine Einschränkung erfolgt nur insoweit, als gegegen den Beschuldigten wegen der Steuerstraftat bereits ein Haft- oder Unterbringungsbefehl erlassen worden ist, §§ 386 Abs. 3 in Verbindung mit 386 Abs. 2 AO, oder die Staatsanwaltschaft das Verfahren gemäß § 386 Abs. 4 S. 2 AO an sich zieht. (OLG Stuttgart, NJW 1972, 2146); anderer Ansicht ist der Bundesfinanzhof, der eine bloße Hilfstätigkeit des Finanzamtes für die Staatsanwaltschaft und damit eine Weisungsgebundenheit letzterer gegenüber verneint (vgl. BFHE 104, 187 (190/191) und die Besprechung bei HENNEBERG, DB 1973, 1468 ff.

b) Der Nachweis des berechtigten Interesses als Voraussetzung der Zulässigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles

Ist hiermit die Entscheidung für das Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung gefallen, so fragt sich jetzt, welche Voraussetzungen an ein vom Betroffenen darzulegendes strafprozessual bedingtes Feststellungsinteresse als Unterfall des bei jeder Klage zu fordernden Rechtsschutzbedürfnisses[1] zu knüpfen sind[2].

aa) Das Rehabilitationsinteresse bei diskriminierenden strafprozessualen Untersuchungshandlungen

In Anlehnung an die verwaltungsrechtliche Regelung in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, die eine feststellende Entscheidung des Gerichts bei berechtigtem Interesse des Betroffenen ausdrücklich vorsieht, versucht AMELUNG die auf diesem Rechtsgebiet von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen eines solchen Interesses auf die Strafprozeßordnung zu übertragen[3].

Im Verwaltungsrecht wird ein solches "berechtigtes Interesse" vornehmlich in drei Fallgestaltungen bejaht: Einmal, wenn der Betroffene das Bestehen einer Wiederholungsgefahr[4] geltend machen kann, zum ande-

---

[1] SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1819/1820).

[2] Die folgenden Erörterungen haben gleichermaßen Bedeutung für die weiteren noch zu untersuchenden strafprozessualen Untersuchungshandlungen, da die vorliegend ein Feststellungsinteresse begründenden Fallgestaltungen abschließend behandelt werden.

[3] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 40 ff.

[4] Vgl. etwa BVerwGE 12, 303 (305); KG, NJW 1972, 169 (170); VGH Baden-Württemberg, DVBl. 1970, 511 (512); OLG Frankfurt, NJW 1965, 2315 (2315); KG, GA 1976, 79 (80/81); ULE, Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl. 1975, S. 199; ALTENHAIN, JVBl. 1960, 193 (197).

ren, wenn der diskriminierende Charakter[1] der Maßnahme noch bis in die Gegenwart fortwirkt und der hiervon betroffene Bürger rehabilitiert werden will[2]; drittens ist ein berechtigtes Interesse zu bejahen bei beabsichtigter Erhebung von Ansprüchen aus Amtspflichtverletzungen im Zivilprozeß (Art. 34 GG, § 839 BGB). Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts dient dann als Grundlage für den vor dem ordentlichen Gericht zu führenden Schadensersatzprozeß[3]. Ein hiernach befürwortetes berechtigtes Interesse dient in erster Linie als Grundlage für die Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche. Entschädigungsrechtliche Ansprüche sind aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Den Nachweis eines Feststellungsinteresses bei der Gefahr der Wiederholung eines strafprozessualen Eingriffs hält AMELUNG für wenig aussichtsreich, da der Betroffene in aller Regel nicht den Eintritt einer sich konkret abzeichnenden Wiederholung des Eingriffs belegen könne[4].

Ein Feststellungsinteresse bejaht AMELUNG dagegen bei Eingriffen mit diskriminierender Wirkung, weil bei ihnen ein über den bloßen Vollzug hinaus weiterbestehendes, schutzwürdiges und gegenwärtiges In-

---

[1] BVerwGE 12, 87 (90); 26, 161 (165, 168); BVerwG, MDR 1967, 425 (426); BVerwG, DVBl. 1971, 277 (277); SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), S. 332 (355).

[2] BECKER, MDR 1972, 920 (921).

[3] OVG Münster, NJW 1976, 439; KG, GA 1976, 79 (81); vgl. hierzu eingehend BECKER, MDR 1972, 920 (921/922); diese dritte Fallgestaltung ist hinsichtlich der Frage, ob ein solches wirtschaftliches Interesse für die Zulässigkeit der Klage nach §§ 43, 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ausreicht, umstritten (vgl. hierzu auch SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 3 b zu § 28 EGGVG; ALTENHAIN, JVBl. 1960, 193 (197).

[4] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 42.

teresse an einer Rehabilitierung gegeben sei[1]. Die mit Diskriminierungen einhergehenden Hoheitsakte sieht AMELUNG in Maßnahmen, die ausdrücklich herabsetzende Äußerungen beinhalten, in Eingriffen, die der Beweissicherung für ein Strafverfahren dienen und schließlich in Akten unmittelbaren Zwangs[2]. AMELUNG würdigt solche Eingriffe einmal als persönliche Kränkungen, als Angriff auf die "innere Ehre", zum anderen Dritten gegenüber als Angriff auf den guten Ruf des Betroffenen. Letztere könnten nämlich zu Unrecht von der Annahme ausgehen, der Betroffene habe diese Eingriffe durch eigenes strafbares Verhalten selbst veranlaßt. Die Hoheitsakte seien über ihren bloßen Vollzug hinaus geeignet, das in den Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen u n d stellten somit immer die Verletzung eines Rechts im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG dar. Die sich hieraus ergebende Stigmatisierungswirkung rechtfertige in jedem Fall ein Rehabilitationsinteresse des von der Maßnahme Betroffenen.

Andere Autoren befürworten zwar grundsätzlich einen solchen feststellenden Rechtsschutz, legen sich aber nicht ausdrücklich dahin fest, wann ein Feststellungsinteresse anzunehmen sei[3]. Einig sind sie sich aber darüber, daß an dieses Interesse keine hohen Anforderungen zu knüpfen seien, ergebe es sich doch bereits im Regelfall aus "der Eigenart der Eingriffe, die den Betroffenen vor vollen-

---

[1] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 42 ff.

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 42/43.

[3] So WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117; vgl. auch SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (355); BECKER, MDR 1972, 920 (922); PETERS, JR 1972, 300, (301).

dete Tatsachen stellen"[1,2].

Der von AMELUNG aufgeführte Katalog von Hoheitsakten, die ein schutzwürdiges Rehabilitierungsinteresse begründen sollen, umfaßt alle strafprozessualen Untersuchungshandlungen, da sie zumindest das grundgesetzlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht beeinträchtigen. Hieraus jeweils dem Betroffenen ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse zuerkennen zu wollen, stellt sich vor dem Hintergrund der Besonderheiten des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens als eine "problematische These"[3] dar.

Gemäß § 152 Abs. 2 StPO ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, wegen aller gerichtlich straf- und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, soweit zureichende tatsächliche Anhaltspunkte hierfür vorliegen. Während die Durchführung des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft bereits gerechtfertigt ist bei einer gewissen, noch geringen Wahrscheinlichkeit eines Tatverdachts[4], auch Zweifel an der Richtigkeit dieses Verdachts noch überwiegen können[5], erfordert der Einsatz strafprozessualer Zwangsmittel unter der Herrschaft des Rechtsstaats-

---

[1] So WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117; vgl. auch SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (355); BECKER, MDR 1972, 920 (922); PETERS, JR 1972, 300 (301).

[2] Bezüglich des Zeitmoments, also der Frist, innerhalb derer der Betroffene trotz Erledigung sein Beschwerderecht noch ausüben kann, wird auf die Ausführungen von PETERS, JR 1973, 341 (343), verwiesen, der, ausgehend von der Frist zur Stellung des Klageerzwingensantrags (§ 172 Abs. 2 StPO), der Revisionsbegründungsfrist (§ 345 StPO) und der Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde (§ 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG), eine einmonatige Frist seit Erledigung der Maßnahme als angemessen erachtet; ihm zustimmend KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 146.

[3] WELP, GA 1977, 124.

[4] LÜTTGER, GA 1957, 193 (194).

[5] NAGLER, GS 111 (1928), S. 342 (361).

prinzips, Art. 20 Abs. 3 GG, zusätzlich die besondere Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit[1]. Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes hält das Bundesverfassungsgericht den Einsatz solcher Zwangsmittel nur dann für zulässig, wenn sie zur Erreichung des Verfahrenszieles unerläßlich sind, in angemessener Relation zur Schwere der Tat stehen und durch die Stärke des Tatverdachts gerechtfertigt erscheinen[2]. Die von der Staatsanwaltschaft im Verlaufe eines bestimmten Ermittlungsverfahrens angeordneten Zwangsmittel müssen also durch den Verdacht einer Straftat gerechtfertigt[3], sie müssen "tatverhaftet"[4] sein. Ihr Einsatz ist insbesondere abhängig von der Stärke des Tatverdachtsgrads[5]. Je stärker der Beschuldigte auf Grund objektiver Kriterien einer Straftat verdächtig erscheint, desto eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und ihrer Durchsetzung durch strafprozessuale Zwangsmittel. Dabei ist die Anordnung eines Eingriffs nicht schon dann zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht im Sinne des § 203 StPO angenommen werden kann[6], sondern erst nur dann, wenn die Schwere des Tatverdachts bei Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen

---

[1] BVerfGE 17, 108 (117).

[2] BVerfGE 17, 108 (117); vgl. auch BVerfGE 27, 211 (219); 20, 162 (186 f); 19, 342 (348 f); 16, 194 (200 f).

[3] GEERDS, SchlHA 1964, 57 (60).

[4] DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 37 zu Art. 2 Abs. 1.

[5] BVerfGE 17, 108 (119).

[6] BVerfGE 17, 108 (119).

Umstände des Einzelfalles[1] die Anordnung des Zwangsmittels im Zeitpunkt des Vollzugs rechtfertigt[2]. Ergehen Anordnungen in Beachtung dieser verfassungsrechtlich vorgegebenen Leitlinien, so sind sie Ausdruck solcher staatlichen Maßnahmen, die jedermann als gemeinschaftsgebundener und gemeinschaftsbezogener Bürger bei überwiegendem Interesse der Allgemeinheit hinzunehmen hat, soweit das durch den Eingriff beeinträchtigte Grundrecht nicht in seinem Wesensgehalt betroffen ist, Art. 19 Abs. 2 GG[3]. Das Bundesverfassungsgericht geht aus von einer absoluten Wesensgehaltgarantie eines jeden Grundrechts, dessen unantastbarer Wesensgehalt sich für jedes Grundrecht gesondert bestimmt und einer dahingehenden Ausdeutung bedarf[4]. Hält man aber die Anordnung strafprozessualer Untersuchungshandlungen bei Beachtung der aus dem Rechtsstaatsprinzip zu entnehmenden Erfordernisse für verfassungskonform, so kann der unantastbare Wesensgehalt eines Grundrechts schon deshalb nicht tangiert sein, weil der Eingriff ja rechtlich zulässig ist. Folglich geht mit einer Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch nur dann ein schutzwürdiges Rehabilitierungsinteresse für den vom Eingriff Betroffenen einher, soweit objektiv ein hinreichender Grund für die Anordnung

---

[1] BVerfGE 27, 211 (219).

[2] Vgl. BVerfGE 17, 108 (119); 27, 211 (219); 16, 194 (200 f) in Bezug auf § 81 a StPO; BVerfGE 20, 162 (201 ff) für die strafprozessuale Durchsuchung.

[3] BVerfGE 35, 35 (39); 34, 238 (246); 33, 367 (376/377); 32, 373 (379); 27, 344 (351); 27, 1 (7); 4, 7 (15 f).

[4] BVerfGE 34, 238 (245); 32, 373 (379); 27, 344 (350 f).

der strafprozessualen Untersuchungshandlung gar nicht vorgelegen hat oder vor Erlaß einer Anordnung eine Abwägung der widerstreitenden Interessen gar nicht oder doch nicht unter Berücksichtigung des Einsatzes aller denkbaren Ermittlungsmöglichkeiten stattgefunden hat. Denn nur in diesen Sachlagen besteht die Möglichkeit, daß dem Betroffenen eine Belastung auferlegt worden ist, die er auch als gemeinschaftbezogener Bürger nicht zu tragen verpflichtet gewesen wäre. Nur insoweit kann ihm auch ein Rechtsschutzbedürfnis und damit ein Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden.

Dabei sollte es für die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens genügen, daß der Betroffene in seiner Darstellung substantiiert Tatsachen vorträgt, ihm gegenüber sei ohne hinreichenden Grund gerade diese bestimmte strafprozessuale Untersuchungshandlung zu diesem Zeitpunkt angeordnet und vollzogen worden. Sollten sich diese Angaben bei der Prüfung der Begründetheit seines Vorbringens als zutreffend herausstellen, so wäre er durch die obrigkeitliche Maßnahme in dem jeweils von dem Eingriff berührten Grundrecht in einem Maße verletzt worden, das er nicht hinzunehmen verpflichtet gewesen wäre. Folglich kann auch lediglich insoweit ein Bedürfnis auf gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Eingriffs bestehen.

bb) Das Interesse bei Abwehr der Gefahr der Wiederholung einer strafprozessualen Untersuchungshandlung

Zusätzlich kann auch - entgegen der Auffassung von AMELUNG[1] - die Abwehr einer Wiederholungsgefahr

---

[1] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 42.

ein berechtigtes Feststellungsinteresse begründen.

Ein solches Interesse und damit die Zulässigkeit der Klage kann auf Grund mehrfacher Entscheidungen in der Judikatur zumindest dann bejaht werden, soweit der Betroffene Tatsachen vorbringen kann, die die Wiederholung eines solchen Eingriffs objektiv als "in absehbarer Zeit möglich erscheinen lassen"[1]. Diesem Erfordernis kann der Betroffene zum einen dadurch genügen, daß er auf bereits mehrfach vollzogene gleichartige gegen ihn gerichtete Eingriffe in der Vergangenheit hinweist[2]. Zum anderen muß die Gefahr der Wiederholung eines solchen Eingriffs für die Zukunft durch solche Tatsachen belegt werden, die auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung die Wiederholung eines Eingriffs zumindest als möglich erscheinen lassen[3]. Die eine solche Lebenserfahrung begründenden Tatsachen müssen dabei wurzeln in einem aus der Vergangenheit resultierenden und in die Zukunft hineinreichenden bestimmten Verhalten des Betroffenen, das bisher geeignet war, bestimmte Eingriffe gegen ihn zu veranlassen und das aus den gleichen Erwägungen für die Zukunft die Wiederholung eines solchen Eingriffs nahelegt, wenn der Betroffene nicht sein Verhalten oder seine Einstellung zur Umwelt änderte. Denn nur insoweit besteht ein Bedürfnis und damit ein berechtigtes Interesse des Betroffenen, von Gerichts wegen bindend für die Zukunft geklärt und festgestellt zu wissen, von wel-

---

[1] Bay VGH, BayVw.Bl. 1973, 383; KG, NJW 1972, 169 (170); KG, GA 1976, 80 (81); VGH Baden-Württemberg, DVBl. 1970, 511 (512); KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 4 zu § 28 EGGVG; allgemein hierzu BECKER, MDR 1972, 920 (921).

[2] Vgl. hierzu KG, GA 1976, 80 (81); KG, NJW 1972, 169 (170).

[3] KG, NJW 1972, 169 (170).

cher Rechtslage er und die gegen ihn ermittelnde Behörde auszugehen haben.

Die hier vertretene Meinung wird bestätigt durch ein Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes[1]. In dieser Entscheidung wendet sich der Beschwerdeführer, ein Untersuchungshäftling, dagegen, daß er bei einer Kontrolle seiner Zelle nicht habe zugegen bleiben dürfen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat die Verfassungsbeschwerde zwar als unzulässig zurückgewiesen, da der Beschwerdeführer nicht alle sonstigen ihm zur Verfügung stehenden Rechtswege ausgeschöpft habe. Obwohl sich jedoch die Maßnahme durch ihren Vollzug vollständig erledigt[2] hatte, hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof den Rechtsweg nach §§ 119 Abs. 6, 126, 304 ff StPO für zulässig erachtet. Auch ohne die fortdauernde unmittelbare Beeinträchtigung hätte nach Ansicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes der Beschwerdeführer die gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nachträglich begehren können, wenn er daran ein berechtigtes

---

[1] BayVerfGH 25 (1972), 116.

[2] BayVerfGH 25 (1972), 116 (117); so auch KLEINKNECHT, JZ 1953, 531 (532) und RÖHL, JZ 1954, 65 (69) jeweils hinsichtlich bereits erledigter Anordnungen durch nichtrichterliche Organe im Strafvollzug.

Interesse hätte darlegen können[1]. Letzteres hält der Bayerische Verfassungsgerichtshof dann für ausdrücklich gegeben, wenn der Beschwerdeführer das für eine Verfassungsbeschwerde erforderliche Rechtsschutzinteresse vorweisen kann[2]. Wörtlich führt der Senat dann aus: "Es wäre mit dem Wesen der Verfassungsbeschwerde als letztem außerordentlichen Rechtsbehelf nicht vereinbar, wenn trotz eines an sich gegebenen Rechtsweges die verfassungsrechtliche Überprüfung unmittelbar durch den Verfassungsgerichtshof vorgenommen werden müßte. Auch gegen vollzogene Maßnahmen muß deshalb grundsätzlich der zulässige Rechtsweg erschöpft werden, ehe der Verfassungsgerichtshof angerufen werden

---

[1] BayVGH 3 (1952), 10 (12 f); 3 (1952), 53 (60); 12 (1959), 73 (78); 18 (1965), 76 (77); vgl. auch BVerfGE 21, 378 (383); siehe auch DÜNNEBIER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. VII f zu § 119 StPO, der die Beschwerde über eine Anordnung im Sinne des § 119 Abs. 6 StPO auch nach Beendigung der Untersuchungshaft noch für zulässig erachtet. Soweit der Beschuldigte an der Entscheidung noch ein rechtliches Interesse hat, und er verweist hierbei auf die Regelung des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG; vgl. auch MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 6 b zu § 119 StPO; von den Oberlandesgerichten ist bei vollzogenen Hausstrafen an Gefangenen ein berechtigtes Interesse in aller Regel anerkannt worden - auch dann noch, wenn sich der Betroffene gar nicht mehr in Strafhaft befand -, da die Hausstrafe geeignet sei, ihn auch noch in Zukunft zu belasten, zumal sie in seiner "Personalakte" vermerkt werde. Falls der Entlassene wieder straffällig und in Haft genommen werde, könne sich diese Strafe negativ auf den jetzt wieder Inhaftierten auswirken mit der Folge, ihn von gewissen Vergünstigungen innerhalb des Gefängnisses wegen seines früheren Verhaltens von vornherein auszuschließen (vgl. hierzu die Angaben bei ALTENHAIN, GA 1966, 110 (115); so OLG Hamburg, Beschluß vom 10.3.1961 - VAs 8/61 -; OLG Hamm, Beschluß vom 18.6.1962 - 1 VAs 23/62 - OLG Frankfurt, Beschluß vom 8.1.1965 - 3 VAs 49/64 -, OLG Saarbrücken, Beschluß vom 18.5.1965 - VAs 6/65 -; OLG Hamm, Beschluß vom 5.3.1965 - 1 VAs 3/65 - und vom 1. 9. 1965 - 1 VAs 91/65 -).

[2] Vgl. zum Rechtsschutzinteresse MEDER, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, 1971, Rdnr. 33 zu Art. 120 BV.

kann ..."[1]

Da der Senat unter anderem auf die entsprechende Regelung des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG verweist, und er den an sich zulässigen Beschwerdeweg nach den §§ 304 ff StPO trotz Vollzugs der Maßnahme für zulässig erachtet, kann der Senat auch nur das Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme im Auge gehabt haben.

Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist auch die Aussage des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, wonach ein "berechtigtes Interesse" immer dann zu bejahen sei, wenn der Beschwerdeführer das für eine Verfassungsbeschwerde erforderliche Rechtsschutzinteresse vorweisen könne. Ein solches Rechtsschutzinteresse sieht der Senat als gegeben an, soweit der Betroffene mit einer Wiederholung[2] der gegen ihn gerichteten Maßnahme rechnen müsse; desgleichen, wenn sonst "eine verfassungsgerichtliche Entscheidung zur Wahrung der Interessen des Beschwerdeführers geboten erscheint, vor allem bei

---

[1] BayVerfGH 25 (1972), 116 (117).

[2] BayVerfGH 25 (1972), 116 (117) mit Verweis auf MEDER, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, 1971, Rdnr. 33 zu Art. 120 BV.

Freiheitsbeschränkungen"[1,2,3].

C. II. Rechtsschutz gegen die auf Grund eigener Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft / der Finanzbehörde von diesen veranlaßten Maßnahmen, soweit hiergegen die Strafprozeßordnung kein Rechtsmittel vorsieht

Wie stellt sich aber das Problem in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft auf Grund ausdrücklicher strafprozessualer Bestimmungen in eigener Zuständigkeit tätig geworden, eine gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes in der Strafprozeßordnung nicht vorgesehen ist? In Betracht kommen die §§ 81 b, 164 StPO. Auch bei diesen strafprozessualen Untersuchungshandlungen ist der Eingriff in der Regel bereits vollzogen, ehe dem hiervon Betroffenen überhaupt die Möglichkeit gegeben war,

---

[1] Vgl. MEDER, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, 1971, Rdnr. 33 zu Art. 120 BV mit Verweisen auf BayVerfGH 3 (1952), 10 (12 f); 18 (1965), 76 (77) und BVerfGE 21, 378 (383).

[2] Vgl. insoweit auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Das Gericht anerkennt bei Vorliegen von Wiederholungsgefahr weiterhin das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers (so BVerfGE 10, 302 (308); 15, 119 (121 f); 21, 139 (143); darüber hinaus bejaht das Bundesverfassungsgericht das Rechtsschutzinteresse, soweit der Beschwerdeführer die Verletzung "prozessualer Grundrechte" (BVerfGE 8, 89 (93)) gerügt habe und der vom Beschwerdeführer gerügte Bescheid nicht gerade wegen dieser Grundrechtsverletzung aufgehoben worden sei (BVerfGE 11, 336 (338)). Grundsätzlich hält das Bundesverfassungsgericht bei erledigten Sachen - ebenso wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof - das Rechtsschutzbedürfnis für vorgegeben, als andernfalls der "Bedeutung des Schutzes der Freiheit durch das Grundgesetz" (BVerfGE 10, 302 (308)) nicht entsprochen werden kann.

[3] Aus der Entscheidung des BayVerfGH a.a.O. ist gleichzeitig ableitbar das Bemühen des Senats, möglichst bereits die jeweils zuständigen Instanzgerichte bei zu bejahendem Rechtsschutzbedürfnis in der Sache selbst entscheiden zu lassen, um das Verfassungsgericht zu entlasten.

ein Gericht um Rechtsschutz gegen die Maßnahme anzurufen, hat sich doch z.B. die Anordnung zur Abnahme von Fingerabdrücken durch die sich in der Regel sofort anschließende Durchführung erledigt. Ein solches Vorgehen der Staatsanwaltschaft ist gleichwohl in vielen Fällen unvermeidlich, um die Effizienz ihrer Ermittlungstätigkeit nicht zu gefährden. Hieraus folgt aber gleichzeitig, daß in diesen Fällen, die ja die Regel bilden, sich das Problem des Rechtsschutzes in ganz besonderem Maße stellt.

Die Frage des Rechtsschutzes gegen bereits vollzogene und erledigte Strafverfolgungsmaßnahmen kann zunächst ohne Berücksichtigung der Erledigung dieser Maßnahmen angegangen werden, da zuerst die Frage beantwortet werden muß, ob überhaupt gegen derartige Strafverfolgungsmaßnahmen Rechtsschutz möglich ist.

I. Darstellung der Rechtsschutzmöglichkeiten vor Erledigung des Eingriffs

1. Lösung nach der vorherrschenden Meinung

Die wohl vorherrschende Meinung will in diesen Fällen dem Betroffenen lediglich den Weg einer Dienstaufsichtsbeschwerde an die vorgesetzte Behörde der Staatsanwaltschaft[1] oder den einer Gegenvorstellung[2] eröffnen, da die Strafprozeßordnung gegen die Anord-

---

[1] Vgl. etwa bezüglich § 81 b StPO: MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 22 zu § 81 b StPO; THOMAS, Bay.Vw.Bl. 1969, 50 (55); hinsichtlich des § 164 StPO siehe GEERDS, Über die Festnahme von Störern nach § 164 StPO, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 517 (525).

[2] GEERDS, Über die Festnahme von Störern nach § 164 StPO, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 517 (525).

nung dieser strafprozessualen Untersuchungshandlung eine Rechtsschutzmöglichkeit nicht vorsehe. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG sei nicht statthaft, weil staatsanwaltschaftliche Anordnungen, die die Staatsanwaltschaft als Prozeßbeteiligte in einem Ermittlungs- oder Strafverfahren veranlasse, nicht Maßnahmen im Sinne des § 23 EGGVG seien, sondern Prozeßhandlungen, gegen die Rechtsschutz nur im Rahmen der Strafprozeßordnung und nicht im Verahren nach den §§ 23 ff EGGVG gewährt werden könne. Unter den Begriff "Prozeßhandlungen" fallen hiernach alle auf die Einleitung, Durchführung und Gestaltung eines Straf- oder Ermittlungsverfahrens gerichteten Maßnahmen[1]. Solche Maßnahmen des Staatsanwalts ergingen auf dem Gebiet des Strafprozeßrechts und nicht auf dem des Justizverwaltungsrechts[2]; sie seien in ein prozeßförmiges, gerichtliches Verfahren eingegliedert[3] und ihnen sei kein "verwaltungsrechtlicher Charakter"[4] zueigen. Auch enthielten diese Maßnahmen keine Regelung, sondern

---

[1] OLG Hamm, NJW 1973, 1089 (1090); OLG Koblenz, GA 1975, 340.

[2] Vgl. ALTENHAIN, DRiZ 1966, 361.

[3] Vgl. ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (105).

[4] BVerwG, Bay.Vw.Bl. 1976, 373 (374); OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171/172); OLG Koblenz, GA 1975, 340; vgl. auch OBERMAYER, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 52, der diesen Akten der Staatsanwaltschaft regelnden Charakter deshalb abspricht, weil die Staatsanwaltschaft nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung in das jeweilige Strafverfahren eingegliedert sei und ihre Tätigkeit deshalb insoweit mit der Tätigkeit von Gerichten vergleichbar sei.

zielten lediglich darauf ab, daß ein bestimmter Sachverhalt durch den Strafrichter beurteilt werde[1]. Folglich seien diese Maßnahmen Akte der Rechtsprechung im funktionellen Sinne. Diese könnten nicht Gegenstand einer besonderen gerichtlichen Nachprüfung außerhalb des Strafverfahrens sein, sondern unterlägen ausschließlich den in der Strafprozeßordnung verankerten Rechtsmitteln[2].

2. Rechtsschutzverfahren nach den §§ 23 ff EGGVG

Einige Autoren befürworten für die in diesem Abschnitt behandelten strafprozessualen Zwangsmaß-

---

[1] BVerwG, Bay.Vw.Bl. 1976, 373 (374); OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171/172); OLG Koblenz, GA 1975, 340; vgl. auch OBERMAYER, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 52.

[2] OLG Hamm, NJW 1973, 1089 (1090); insbesondere die Oberlandesgerichte haben an dem Begriff der Unterscheidung zwischen Prozeßhandlung und Justizverwaltungsakt festgehalten, und es ist bereits eine Vielzahl an Entscheidungen ergangen, in denen einzelne staatsanwaltschaftliche Maßnahmen ausdrücklich als Prozeßhandlungen definiert worden sind; vgl. außer den bereits angeführten Entscheidungen etwa: OLG Hamm, JVBl. 1962, 41; OLG Hamm, NJW 1965, 1241; OLG Karlsruhe, NJW 1965, 1545; OLG Hamburg NJW 1965, 776; OLG Hamm, NJW 1966, 684; OLG Hamm, JVBl. 1966, 118 (119); OLG Frankfurt, NJW 1966, 363; OLG Nürnberg, GA 1968, 59; OVG Lüneburg, NJW 1972, 74; OLG Karlsruhe, MDR 1974, 423; OLG Hamburg, NJW 1972, 1586. Dieser Ansicht stimmt das Schrifttum großenteils zu: KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 A zu § 23 EGGVG; vgl. insbesondere ALTENHAIN, DRiZ 1966, 361 (361, 362) und DRiZ 1970, 105 (105, 106); vgl. denselben auch in JVBl. 1968, 1 (3,4) und JZ 1965, 756 (757, 758) jeweils in Bezug auf ergangene Gerichtsentscheidungen.

nahmen[1] das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG[2], um dem Gebot umfassenden Rechtsschutzes bei Eingriffen durch die öffentliche Gewalt - zu der auch die Staatsanwaltschaft zählt - gerecht zu werden[3]. Auf Grund des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG wird auch bei erledigten Anordnungen ein Rechtsweg grundsätzlich eröffnet.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Da die Anordnungen der Staatsanwaltschaft keine Akte der Rechtsprechung im formellen Sinne seien, ergingen sie in Ausübung öffentlicher Gewalt. Könne auch eine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bejaht werden, so verbiete sich ein Ausschluß des Rechtsweges nach den §§ 23 ff EGGVG, soweit die Subsidiaritätsklausel des § 23 Abs. 3 EGGVG nicht eingreife[4]. Könne eine "Regelung" bejaht werden, wie sie § 23 Abs. 1, 2 EGGVG voraussetze, so sei bei Bejahen eines Verwaltungsakts auf dem Gebiet des Justizverwaltungsrechts

---

[1] Vgl. SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (333), in Bezug auf §§ 81 b, 164 StPO.

[2] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (339) und derselbe, NJW 1975, 1529 (1529/1530); RIETDORF/HEISE/BÖCKENFÖRDE/STREHLAU, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl. 1972, Rdnr. 4 zu § 27 PolG.

[3] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (347); STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734 (1735), die das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG jeweils dann für zulässig erachten, soweit der Betroffene keine Möglichkeit hat, gegen staatsanwaltschaftliche Anordnungen auf Grund spezieller gesetzlicher Vorschriften vorzugehen und soweit die weiteren Voraussetzungen des § 23 EGGVG bejaht werden können; vgl. auch GENZEL, NJW 1969, 1562 (1565), der § 23 EGGVG als Auffangtatbestand für alle selbständigen hoheitlichen Anordnungen des Staatsanwalts auffaßt, die nach der Strafprozeßordnung einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sind; GÖSSEL, GA 1976, 60 (62) bezüglich § 81 b StPO; KOHLHAAS, Körperliche Untersuchung und erkennungsdienstliche Maßnahmen, 2. Aufl. 1976, S. 22; AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 35; KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 6 zu § 164 StPO.

auch der Rechtsweg gegeben[1]. Andernfalls müßte eine wesentliche Einengung des Anwendungsbereichs des Rechtsbehelfsverfahrens nach den §§ 23 ff EGGVG hingenommen werden, ohne daß eine Überprüfung in einem anderen Gerichtszweig erfolgte. Diese Entwicklung sei aber unvereinbar mit Art. 19 Abs. 4 GG[2].

Der Begriff "Prozeßhandlung" scheide jedenfalls aus, als entscheidendes Kriterium für die Justiziabilität einer staatsanwaltschaftlich veranlaßten Maßnahme zu dienen, weil er zu "unpräzise"[3] sei.

3. Die vermittelnde Meinung des Kammergerichts

Zwischen diesen Ansichten in Rechtsprechung und Literatur steht eine Entscheidung des Kammergerichts[4].

Der Senat umreißt zunächst in knapper Form die von der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung vertretene Auffassung, wonach Maßnahmen der Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur Prozeßhandlungen seien, die einer Nachprüfung gemäß den §§ 23 ff EGGVG nicht unterworfen seien. Ohne sich jedoch mit dieser Ansicht eingehender auseinanderzusetzen, läßt der Senat dieses Problem ausdrücklich dahinstehen. Er führt dann aber aus, auch Prozeßhandlungen der

---

[1] STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734 (1735); so grundsätzlich auch VEIT, Die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen, 1971, 112 ff (insbesondere S. 114 bezüglich des Erfordernisses einer Regelung).

[2] SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 9 a zu § 23 EGGVG.

[3] STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734; im Ergebnis auch SCHNEIDER, ZZP 79 (1966), 1 (23).

[4] KG, JR 1972 297 (298).

Staatsanwaltschaft müßten zumindest dann im Rahmen der §§ 23 ff EGGVG anfechtbar sein, soweit sie sich gegen Personen gerichtet hätten, die am Strafverfahren selbst unmittelbar nicht beteiligt gewesen seien. Diesen Personen fehle nämlich von vornherein jegliche Möglichkeit, im weiteren Prozeßverlauf den Strafrichter zu einer Überprüfung solcher Anordnungen zu veranlassen[1].

4. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Darüber hinaus könnte generell bei Maßnahmen der Staatsanwaltschaft an die Möglichkeit gedacht werden, dem Betroffenen vor dem Verwaltungsgericht Rechtsschutz zukommen zu lassen[2], da § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO nachträglichen Rechtsschutz gegenüber erledigten staatlichen Hoheitsakten vorsieht.

5. Ersatzrechtsweg gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG

Sollte keiner der aufgeführten Rechtswege für diese Untersuchungshandlungen in Betracht kommen, so ließe sich noch eventuell die Ersatzzuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf Grund der Verfassungsbestimmung des Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG begründen[3].

---

[1] KG, JR 1972, 297 (298); so auch das Kammergericht in einer neueren Entscheidung, vgl. KG, GA 1976, 79 (80); siehe auch BGHSt 16, 225 (228).

[2] Vgl. hierzu allgemein STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734 (1735).

[3] Vorher muß aber in jedem Fall eingehend geprüft werden, ob nicht eine "andere Zuständigkeit in Gestalt eines besonderen Rechtsweges gegeben ist" (vgl. BGH, NJW 1961, 922 (923)); Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG regelt also nur einen subsidiären Rechtsweg (vgl. hierzu BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1972, 3. Bd., 2. Halbband, S. 779 (827/828)).

6. Kritische Würdigung einzelner Lösungsvorschläge

Der Ansicht der herrschenden Meinung wird bereits deshalb zu widersprechen sein, weil die Dienstaufsichtsbeschwerde kein Rechtsweg im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG ist[1]. Nach dieser Verfassungsbestimmung darf aber "kein Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreift ..., der (richterlichen) Nachprüfung entzogen werden"[2].

Auch die Ausschaltung jeglichen Rechtsschutzes im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG mit dem Argument, es handele sich bei den Maßnahmen der Staatsanwaltschaft um Prozeßhandlungen, überzeugt nicht. Die in dieser Untersuchung behandelten Zwangsmaßnahmen haben einmal die Bedeutung, der Gestaltung des Verfahrens[3], also damit der Sicherung der Verfahrenszwecke[4] zu dienen, um das prozessuale Geschehen voranzubringen. Gleichzeitig wirken diese Maßnahmen aber über den prozessualen Raum[4] hinaus "in den Raum der sozialen Lebensinteressen"[5], stellen also materiellrechtlich einen Eingriff in die

---

[1] Vgl. PETERS, JR 1972, 300.

[2] Vgl. KLEINKNECHT, StPO, Anm. 7 zu § 23 EGGVG; Der Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG ist nicht nur subsidiär gegenüber Rechtsbehelfen, über die Strafgerichte zu entscheiden haben, sondern auch auf Rechtsbehelfe, die für die Zivil- oder Verwaltungsgerichte zuständig sind (vgl. ALTENHAIN, JZ 1966, 16 ff (16)).

[3] HENKEL, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 238.

[4] HENKEL, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 274.

[5] EB.SCHMIDT, Deutsches Strafprozeßrecht, Ein Kolleg, 1967, Rdnr. 177, 126.

Rechtsphäre des Betroffenen dar[1,2]. Solche Prozeßhandlungen werden wegen ihrer zweifachen Funktion im Anschluß an NIESE als "doppelfunktionelle"[3] Prozeßhandlungen bezeichnet[4]. Bezüglich ihrer ersten Funktion sei entscheidend, ob hierdurch der Prozeß zulässigerweise in eine neue Lage versetzt worden sei. Die zweite Funktion dieser Prozeßhandlungen gebe darüber Aufschluß, ob der - gleichermaßen die persönliche Rechtssphäre des Einzelnen berührende - Eingriff rechtmäßig oder rechtswidrig gewesen sei[5].

Diese der zweiten Funktion des Begriffs der Prozeßhandlung zugrunde liegende Bedeutung ist aber dem Betroffenen gegenüber unzweifelhaft regelnden Charakters, ist also, unterstellt, dieselbe Maßnahme

---

[1] ALTENHAIN, Die Polizei 1963, 18 (19).

[2] So stellt grundsätzlich z.B. die Verhaftung eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB), die Beschlagnahme eine Nötigung (§ 240 StGB) oder die Haussuchung einen Verstoß gegen das Hausrecht (§ 123 StGB) dar. Gleichwohl werden die prozessualen Bestimmungen, die ein solches Vorgehen ermöglichen, als Rechtfertigungsgründe angesehen, soweit den anordnenden Organen die Befugnis hierzu gegeben war und sie sich innerhalb der ihnen durch die Strafprozeßordnung selbst wieder gesetzten Schranken gehalten haben (vgl. zum Ganzen: EB. SCHMIDT, Deutsches Strafprozeßrecht, Ein Kolleg, 1967, Rdnr. 177).

[3] Allgemein zum Begriff: NIESE, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 48 ff.

[4] PETERS, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, S. 216, 217 legt solchen Prozeßhandlungen die Aufgabe einer materiellrechtlichen Begleiterscheinung zu und will den Begriff "doppelfunktionell" durch "doppelwirksam" ersetzt wissen, setzt aber beide Begriffe in ihrer Bedeutung gleich, vgl. auch die tabellarische Übersicht zu den Prozeßhandlungen bei demselben S. 217; MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Einl. 10 a (= S. 55).

[5] Vgl. MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Einl. 10 a; einschränkend hält derselbe a.a.O. diese Erscheinung für eine "altbekannte" Tatsache und sieht in der Kategorie der "doppelfunktionellen Prozeßhandlungen" kaum mehr als einen neuen Namen hierfür.

ordnete die Polizei an, grundsätzlich ein Verwaltungsakt[1]. Gegen Verwaltungsakte muß aber wegen Art. 19 Abs. 4 GG eine Klagemöglichkeit gegeben sein[2].

Bei Anordnungen dieser Art durch die Staatsanwaltschaft kann aber nichts anderes gelten. Die Staatsanwaltschaft ist eine Justizbehörde[3], und ihre Anordnungen sind auch, soweit sie strafprozessuale Zwangsmaßnahmen betreffen, regelnden Charakters[4]. Denn diese Anordnungen sind auf die Ausführung konkreter Maßnahmen gerichtet, dienen folglich zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit einer bestimmten Person gegenüber. Diese Anordnungen der Staatsanwaltschaft sind demnach begrifflich Verwaltungsakte[5], und es muß deshalb auch stets von der Möglichkeit einer Rechtsverletzung ausgegangen werden können[6].

---

[1] ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1962, Anm. IV 3 zu § 42 VwGO (S. 154); SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (349); a.A.: OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171/172).

[2] ALTENHAIN, Die Polizei 1963, 18 (19); SAMPER, PAG, 1965, Anm. 4 zu Art. 47 PAG.

[3] BVerwG, NJW 1975, 893 (894); BVerwG, NJW 1976, 305 (306); OVG Lüneburg, NJW 1975, 74; STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734 (1735); SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 2 c zu § 23 EGGVG.

[4] So OVG Lüneburg, NJW 1972, 74 bezüglich der Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1962, Anm. IV 3 zu § 42 VwGO (S. 154).

[5] Vgl. GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1975, S. 165 f, insbesondere § 81 b StPO betreffend; siehe auch OVG Hamburg, NJW 1970, 1699 (1700), das die im Rahmen eines anhängigen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens im Auftrage der Staatsanwaltschaft von einem Polizeimeister getroffene Maßnahme ausdrücklich als Justizverwaltungsakt bezeichnet.

[6] OVG Lüneburg, NJW 1972, 74.

II. Rechtsschutz nach Erledigung dieser strafprozessualen Untersuchungshandlungen

Mit Ausnahme der unter Ziffer 1 aufgeführten Meinung ist ein nachträglicher Rechtsschutz mit dem Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs wegen der §§ 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG und 113 Abs. 1 S. 4 VwGO grundsätzlich gewährleistet.

III. Darlegung des eigenen Lösungsansatzes und Entscheidung für das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG

Zu klären verbleibt nunmehr, nach welchen der zur Diskussion gestellten Verfahrensarten am ehesten ein wirkungsvoller Rechtsschutz gegen eigenständige staatsanwaltschaftliche Anordnungen gegeben ist.

Der Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG scheidet von vornherein aus, soweit die Sperrklausel des § 23 Abs. 3 EGGVG eingreift, da dem Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG nur subsidiäre Bedeutung zukommt[1]. Es ist deshalb anfänglich zu prüfen, ob trotz der wiedergegebenen Meinungen ein Rechtsschutzweg innerhalb der Strafprozeßordnung vorgegeben ist, der einen Rückgriff auf die §§ 23 ff EGGVG entbehrlich machte.

Aus dem Strafverfahrensrecht böten sich etwa die Rechtsbehelfe der §§ 98 Abs. 2 S. 2, 128 Abs. 2 S. 1 StPO und 458 StPO an.

Bezeichnend für eine Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ist aber jeweils die Tatsache, daß, soweit

---

[1] Vgl. KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 21 zu § 23 EGGVG; diese Subsidiarität erstreckt sich nicht nur auf Rechtsbehelfe, über die Strafgerichte zu entscheiden haben, sondern auch auf Rechtsbehelfe, für die die Zivil- und Verwaltungsgerichte zuständig sind (vgl. ALTENHAIN, JZ 1966, 16).

dieser Rechtsbehelf befürwortet wird[1], die Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft zu Zwangsmaßnahmen nur in dringenden Fällen[2] und auch nur ersatzweise[3], also stellvertretend[4] für den grundsätzlich hierfür zuständigen Richter besteht.

Die aus originärer Kompetenz veranlaßten Maßnahmen der Staatsanwaltschaft sind dagegen völlig selbständige Anordnungen einer Justizbehörde[5,6].

---

[1] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 11 zu § 105 StPO, Rdnr. 26 zu § 81 a StPO, Rdnr. 24 zu § 81 c StPO; DÜNNEBIER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. 7 a zu § 105 StPO.

[2] Bei "Gefahr im Verzuge": §§ 98 Abs. 1, 105 Abs. 1, 100 Abs. 1 StPO, bei "Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung": §§ 81 a Abs. 2, 81 c Abs. 5 StPO.

[3] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 26 zu § 81 a StPO.

[4] PETERS, JR 1972, 300 (301).

[5] Widerspruch erfährt diese Ansicht auch nicht aus § 108 StPO: Zwar ist hiernach jeder die Durchsuchung betreibende Beamte befugt, Zufallsfunde anläßlich einer rechtmäßigen Durchsuchung einstweilen sicherzustellen. Für diese Sicherstellung wird aber das Vorliegen von Gefahr im Verzug gewissermaßen gesetzlich vermutet (vgl. hierzu WELP, JZ 1973, 289 (290).

[6] So im Ergebnis wie hier auch GÖSSEL, GA 1976, 60, (62), wenn er einerseits die entsprechende Anwendung der §§ 132 Abs. 3 S. 2, 98 Abs. 2 S. 2 StPO bei all den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen bejaht, die vom Richter wie vom Staatsanwalt gleichermaßen angeordnet werden können, andererseits aber die Anfechtbarkeit strafverfahrensrechtlicher Maßnahmen nach § 81 b StPO dem Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG zuordnen will (diese Folgerung kann auch deshalb gezogen werden, weil GÖSSEL auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.12.1974 verweist, wo es heißt: "Maßnahmen der Staatsanwaltschaft auf dem Gebiete der Strafrechtspflege unterliegen ohne Zweifel und unbestritten gemäß § 23 EGGVG der Kontrolle der ordentlichen Gerichte, soweit diese nicht schon auf Grund einer strafprozeßrechtlichen Vorschrift angerufen werden können (vgl. § 23 Abs. 3 EGGVG)." (Vgl. BVerwG, DÖV 1975, 275 (277)).

Sie sind nicht aus richterlicher Befugnis abgeleitet und werden deshalb als Akte der insoweit selbständigen Justizbehörde Staatsanwaltschaft, also als selbständige Justizverwaltungsakte begriffen werden müssen. Folglich dürfte eine Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auf solche Maßnahmen ausscheiden.

Aus der Strafverfahrensordnung böte sich noch § 128 StPO an[1].

§ 128 StPO ist aber lediglich eine innerhalb des Haftverfahrens stehende Spezialvorschrift[2], die zugeschnitten ist auf § 127 Abs. 2 StPO[3]. Denn soweit der Staatsanwalt eine vorläufige Festnahme unter den Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 StPO vorgenommen hat, rechtfertigt ein weiteres Festhalten des Betroffenen - sofern er sich ausgewiesen hat und auch keine Fluchtgefahr mehr besteht - nur noch § 127 Abs. 2 StPO. Lediglich bei Annahme der Voraussetzungen dieser Bestimmung regelt sich das weitere Verfahren nach den §§ 128, 129 StPO.

§ 128 StPO als Rechtsschutzregelung auch auf die oben angesprochenen Zwangsmaßnahmen auszudehnen, verbietet sich mithin.

Die Vorschrift des § 458 StPO kommt für die in diesem Kapitel behandelten Zwangsmaßnahmen schon deshalb nicht in Betracht, weil sich diese Bestimmung nur auf Strafvollstreckungsmaßnahmen bezieht.[4]

Ein Rechtsschutzweg innerhalb der Strafverfahrensordnung ist demnach für diese Untersuchungshandlun-

---

[1] Vgl. SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), S. 332 ff (335).

[2] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 1 d zu § 128 StPO.

[3] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 4 b zu § 127 StPO.

[4] Vgl. SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1977, Rdnr. 1 zu § 458 StPO.

gen nicht vorgesehen.

Folglich bleibt zu überprüfen, ob Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht oder dem Oberlandesgericht im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG zu gewähren ist.[1]

Unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung[2] ergibt sich m.E. folgende Lösung: Daß das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 GG nicht einen willkürlichen[3], für den Einzelfall völlig ungeeigneten Rechtsweg eröffnen will, wird ersichtlich aus Art. 95 GG (früher Art. 96 GG). An Hand dieser Verfassungsbestimmung, die die verschiedenen Gerichtsbarkeitszweige mit den jeweils oberen Bundesgerichten namentlich aufführt, ist ein "organisatorisches Grundprinzip"[4], ein allgemeiner "Rechtsgedanke"[5] erkennbar, alle sachlich und wesensmäßig zusammengehörigen Streitigkeiten jeweils einem bestimmten Gerichtsweg zuzuordnen[6,7].

Da es sich bei den Anordnungen der Staatsanwaltschaft

---

[1] Die Ersatzzuständigkeit nach Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG scheidet wohl aus, da diese Vorschrift ganz subsidiärer Natur ist (vgl. STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734 (1735)).

[2] BVerwGE 6, 86 (92/93); mit Bedenken, aber übereinstimmend bereits BVerwGE 1, 21 (24 - 26); jetzt eindeutig BVerwGE 11, 92 (95).

[3] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (339).

[4] BVerwGE 6, 86 (92).

[5] SCHENKE, NJW 1975, 1529; derselbe, VerwArch. 60 (1969), 332 (339 und 346).

[6] Allerdings ist diese Verfassungsbestimmung nach einschränkender Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht geeignet, die Abgrenzung der Zuständigkeiten im einzelnen vorzuschreiben und den Gesetzgeber hieran zu binden (vgl. BVerwGE 6, 86 (92/93)). Dies kann auch deshalb nicht Sinn des Art. 95 GG sein, als andernfalls historisch gewachsene Rechtswegzuständigkeiten bzw. ausdrückliche Zuständigkeitszuweisungen für eigentlich verwaltungsrechtliche Sachgebiete wieder den ordentlichen Gerichten entzogen und

um solche handelt, die strafrechtliche Ermittlungs-

---

den Verwaltungsgerichten zwingend zugeordnet werden müßten (Beispiele hierfür führt BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 2. Aufl. 1972, 3. Bd., 2. Halbband, S. 779 (818 - 823) an; vgl. auch NAUMANN, DÖV 1960, 201 (205)).

[7] Dieser von SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), S. 332 (339) in Art. 95 GG (früher Art. 96 GG) angesprochene Rechtsgedanke hat in der Rechtsprechung insbesondere Bedeutung erlangt durch ein Gutachten des Großen Senats des Bundesfinanzhofes vom 17.4.1951 (abgedruckt in JZ 1951, 596 f). In diesem Gutachten ging es um die Frage, ob die Zuständigkeit der Steuergerichte bei Abgabenstreitigkeiten nach den §§ 3, 4 AO auch dann noch zu bejahen sei, wenn nach dem Enumerationsprinzip der Reichsabgabenordnung in den §§ 228 ff eine solche Zuständigkeit nicht ausdrücklich vorgesehen sei. Der Große Senat geht in seinem Gutachten von Art. 19 Abs. 4 GG aus als einer "Generalklausel für den gerichtlichen Rechtsschutz durch die öffentliche Gewalt" (vgl. Gutachten in JZ 1951, 596 (597)), stellt diese dann dem Enumerationsprinzip der Reichsabgabenordnung gegenüber und kommt zu dem Ergebnis, daß dieses Prinzip nicht vereinbar sei mit Art. 19 Abs. 4 GG, weil unzweifelhaft auch in den Fällen von Abgabenstreitigkeiten nach den §§ 3, 4 AO Rechtsschutz gewährt werden müsse, die nicht dem Enumerationsprinzip unterfielen. Für diese Fälle seien aber nicht die allgemeinen Verwaltungsgerichte, sondern nur die Steuergerichte zuständig, weil das Grundgesetz in Art. 96 (heute Art. 95) "von der Aufgliederung der Gerichte nach der Natur der Streitsachen aus(gehe)" (vgl. Gutachten des Großen Senats, JZ 1951, 596 (598)). Der Bedeutung dieser Verfassungsvorschrift könne man dadurch gerecht werden, daß man die auf einem Rechtsgebiet anfallenden Streitigkeiten in ihrer Gesamtheit dem hierfür zuständigen Gerichtszweig zuordne; vgl. auch die Entscheidung des BFH, NJW 1958, 846 (847). Dieser Meinung hat sich im Ergebnis - wenn auch unter Bedenken - das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 30. Oktober 1953 (abgedruckt in BVerwGE 1, 21 (24 - 26)) erstmals angeschlossen; siehe auch die Meinung des BGH, NJW 1961, 922 (923), der entscheidend abstellt auf den Gesichtspunkt des "Sachzusammenhangs"; von dem Kriterium des Sachzusammenhangs geht auch RUSCHEWEYH, DVBl. 1958, 686 (690) aus. Ablehnend gegenüber dieser Ansicht BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 2. Aufl. 1972, 3. Bd., 2. Halbband, S. 779 (816 f); vgl. auch noch WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 21 (Fn. 56).

verfahren betreffen, ist es naheliegend, daß sich mit ihnen im Zweifel die ordentlichen Gerichte und nicht die Verwaltungsgerichte befassen[1]. Diese Annahme erhellt insbesondere unter Heranziehung des § 25 Abs. 1 EGGVG. Hiernach ist sachlich zuständig das Oberlandesgericht. Soweit es sich um eine Angelegenheit der Strafrechtspflege handelt, ist in funktioneller Hinsicht hiermit ein Strafsenat des betreffenden Oberlandesgerichts betraut[2]. Dieser hat auch - zumindest von der Regel her - die für die Strafrechtspflege insgesamt gesehen größere Sachkunde, als sie das Verwaltungsgericht hätte[3].

Dieser Auffassung schließt sich zumindest ein Teil der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an. Ohne auf den Begriff der Prozeßhandlung einzugehen, setzt sie sich lediglich damit auseinander, ob § 23 EGGVG einen Verwaltungsakt im technischen Sinne voraussetzt[4] und beschränkt sich im übrigen darauf, darzulegen, daß die im Rahmen dieser Untersuchung behandelten Zwangsmaßnahmen nicht im Verwaltungsrechtsweg überprüft werden dürfen, sondern im

---

[1] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (339); OLG Düsseldorf, NJW 1959, 1790, das von der Polizei gemäß § 81 b StPO zum Zwecke eines Strafverfahrens veranlaßte erkennungsdienstliche Maßnahmen als Verwaltungsakte auf dem Gebiete des Strafrechts qualifizierte; so auch POTRYKUS, Die Polizei 1966, 104.

[2] SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 1 zu § 25 EGGVG.

[3] BVerwG, NJW 1976, 305 (307); OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171); vgl. auch SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 1 vor §§ 23 - 30 EGGVG.

[4] Vgl. OVG Hamburg, NJW 1970, 1699 (1700): "Maßnahmen auf dem Gebiet der Strafrechtspflege i.S. der Rechtswegabgrenzung des § 23 EGGVG sind nicht nur Verwaltungsakte im technischen Sinne."

Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG[1]. Wörtlich führt der Verwaltungsgerichtshof Mannheim aus: "Entscheidend für den Ausschluß des Verwaltungsrechtsweges und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach den §§ 23 ff EGGVG ist vorliegend der Umstand, daß das Klagebegehren sich auf eine Maßnahme bezieht, die im Zusammenhang mit der Ermittlungstätigkeit ... steht, mithin eine im Rahmen der Strafrechtspflege zu treffende Maßnahme einer Justizbehörde zum Gegenstand hat."[2] Es empfiehlt sich deshalb, die §§ 23 ff EGGVG sachgebietsbezogen auszulegen[3] und justizverwaltungsrechtliche Streitigkeiten bei nur einem Gerichtszweig zu konzentrieren[4].

Mit dieser Entscheidung ist wegen § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG gleichzeitig ein nachträgliches, lediglich feststellendes Rechtsschutzziel garantiert. Für das erforderliche Feststellungsinteresse ergeben sich keine Besonderheiten.

C III. Rechtsschutz gegen originär sich aus der Strafprozeßordnung ergebenden Befugnisse der Polizei und der Beamten der Steuer- und Zollfahndung zur Anordnung strafprozessualer Untersuchungshandlungen

Wie die Staatsanwaltschaft sind Polizeibeamte und die Beamten der Steuer- und Zollfahndung[5] zu Anordnungen gemäß den §§ 81 b, 164 StPO auf Grund ihr originär zugestandener Ermächtigung befugt.

---

[1] VGH Mannheim, NJW 1973, 214; VGH Mannheim, NJW 1969, 1319; VG Freiburg, DVBl. 1965, 575 (576); VG Stuttgart, NJW 1975, 1294 (1295).

[2] VGH Mannheim, NJW 1969, 1319.

[3] Vgl. VGH Mannheim, NJW 1973, 214 (214).

[4] SCHENKE, NJW 1975, 1529.

[5] Vgl. KLEIN/ORLOPP, AO 1977, Anm. 5 zu § 404 AO.

I. Darstellung des Meinungsstandes ohne Berücksichtigung der Erledigung dieser Untersuchungshandlungen

1. Rechtsschutz nur insoweit, als Rechtsbehelfe in der Strafprozeßordnung ausdrücklich vorgesehen sind

Nach einer Meinung ist Rechtsschutz nur insoweit zu gewähren, als die Strafprozeßordnung gegen polizeiliche Strafverfolgungsmaßnahmen ausdrücklich Rechtsbehelfe vorsehe, ansonsten könne nur der Weg der Dienstaufsichtsbeschwerde beschritten werden, der Weg zu den Gerichten sei dagegen versperrt. Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 EGGVG verbiete sich, weil solche Anordnungen nicht als Justizverwaltungsakte, sondern als Prozeßhandlungen zu qualifizieren seien[1].

2. Abhängigkeit des Rechtsweges bei Maßnahmen der Polizei von der Auslegung des Begriffes "Justizbehörde" in § 23 Abs. 1 EGGVG

Da es sich bei der Anfechtung polizeilicher Maßnahmen um nichtverfassungsrechtliche Streitigkeiten öffentlicher Art handelt, könnte der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet sein. Dieser Rechtsweg ist aber dann nicht zu beschreiten, soweit eine Streitigkeit durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist, § 40 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz VwGO. Gemäß § 23 Abs. 1 EGGVG entscheiden über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von einer Justizbehörde zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiete der

---

[1] EB.SCHMIDT, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Nachträge zu Teil II, 1967, § 81 b Rdnr. 9; MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 23 zu § 81 b StPO.

Strafrechtspflege getroffen werden, die ordentlichen Gerichte.

Soweit die Polizei Strafverfolgungsmaßnahmen durchführt, wird sie sicherlich mit auf dem Gebiete der Strafrechtspflege tätig. Auch kann die Polizei unzweifelhaft einzelne Maßnahmen regelnden Charakters treffen.

Bedenken ergeben sich aber bei dem in § 23 Abs. 1 EGGVG genannten tatbestandlichen Erfordernis des Vorliegens einer "Justizbehörde"; es fragt sich also, ob die Polizei bei Strafverfolgungsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren als Justizbehörde tätig wird. Denn die Polizeibehörden bleiben, auch soweit sie funtionsmäßig auf dem Gebiete der Strafverfolgung tätig werden, organisatorisch weiterhin dem Innen- und nicht dem Justizministerium unterstellt[1]. Verstände man den Begriff der Justizbehörde im funktionellen Sinne, so läge eine Verweisung gemäß § 40 Abs. 1 S. 1, 2. Halbsatz VwGO vor und die §§ 23 ff EGGVG wären als Rechtsschutzweg zulässig.

Ob die Polizei als Justizbehörde handelt und welche Erfordernisse an den Begriff der Justizbehörde zu stellen sind, ist heftig umstritten.

a) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts wegen der organisationsrechtlichen Stellung der Polizei

So wird die Meinung vertreten, der Begriff "Justizbehörde" verstehe sich nur im organisatorischen und nicht etwa im funktionellen Sinne. Da die Polizeibehörden organisatorisch dem Innenministerium unterstünden, sei das Handeln der Polizei, auch soweit sie als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft tätig würden, nicht als ein solches

---

[1] AMELUNG, JZ 1975, 526 (527).

einer Justizbehörde im Sinne des § 23 Abs. 1 EGGVG zu begreifen[1]. Vielmehr habe die Polizei lediglich die Aufgabe, die Justizbehörden zu unterstützen[2].

Auch wird darauf hingewiesen, der Verwaltungsrechtsweg gewährleiste gegen Maßnahmen der Polizei einen vollkommeneren Rechtsschutz, als dies im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG möglich sei. So wird zumindest als "fraglich"[3] hingestellt, ob im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG Leistungs- oder Feststellungsanträge zulässig seien, zumal doch gerade Klagen bei Akten der Polizei, die sich in ihrem Vollzug erschöpften, eine gewichtige Bedeutung zukomme[4]. Deshalb bereits müsse gegen solche Maßnahmen der Polizei der Verwaltungsrechtsweg offenstehen.

b) Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte insoweit, als die Polizeibeamten nicht als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft oder unabhängig hiervon auf deren Ersuchen hin tätig werden

Eine andere Meinung versteht den Begriff "Justizbehörde" gemäß § 23 Abs. 1 EGGVG dann im funktionellen Sinne, soweit förmlich zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellte, § 152 GVG, oder andere Polizeibeamte zum Zwecke der Strafverfolgung auf Anordnung oder Ersuchen der Staatsanwalt-

---

[1] Vgl. die Nachweise bei MEYER, JuS 1971, 294 (295, Fn. 16).

[2] EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, 7. Aufl. 1977, § 179 VwGO, Anm. 3 zu § 23 EGGVG.

[3] GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl 1975, S. 166.

[4] GEIGER, Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexesse, in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S. 61 f (76 f); vgl. auch STEINKE, Kriminalistik 1976, 6 (8) bezüglich der nur im Verwaltungsrecht möglichen einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO.

schaft tätig werden[1]. Die in diesem Zusammenhang getroffenen regelnden Anordnungen der Polizeibeamten seien Justizverwaltungsakte[2]. Alle anderen von Polizeibeamten in eigener Initiative zu Strafverfolgungszwecken vorgenommenen Handlungen seien dagegen als rein polizeiliche Verfügungen vor dem Verwaltungsgericht nachprüfbar.

Hierbei wird auf die Entstehungsgeschichte der §§ 23 ff EGGVG Bezug genommen.

Von FELDMANN[3] weist auf die historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet der strafverfolgenden Tätigkeit der Polizei hin. So habe bereits im Jahre 1892 der preußische Innenminister im Erlaßwege verfügt, derartige Verfügungen der Polizei seien im Verwaltungsverfahren, geregelt im Landesverwaltungsgesetz von 1883, anzufechten. Wenn auch bereits 1894 das Preußische Oberverwaltungsgericht[4] generell gegen Anordnungen der Polizei lediglich die Beschwerde an die Justizaufsichtsbehörde für zulässig gehalten habe, so habe sich diese Rechtsauffassung spätestens mit Ergehen des Polizeiverwaltungsgesetzes im Jahre 1931 dahingehend geändert, als nach § 40 Abs. 2 PVG nur solche Polizeiverfügungen der Nachprüfung durch das Verwaltungsverfahren entzogen worden seien, die auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft ergangen seien oder die Polizeibeamte nur wegen ihrer

---

[1] DREWS-WACKE, Allgemeins Polizeirecht, 7. Aufl. 1961, S. 113; HOLLAND, JuS 1968, 559 (560).

[2] OLG Hamburg, NJW 1970, 1811; OVG Hamburg, NJW 1970, 1699 (1700).

[3] von FELDMANN, VerwArch. 62 (1971), S. 169 (170 f).

[4] Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 8.5.1894, abgedruckt in PrOVGE 26, 386.

Bestellung zu Hilfsbeamten haben anordnen können[1].

Nach dem Zweiten Weltkrieg habe sich auch durch Einführung des § 25 Abs. 1 S. 2 MRVO 165 nichts an der Rechtswegbestimmung geändert[2]. Auch aus den Erörterungen vor Schaffung der §§ 23 ff EGGVG sei der Eindruck zu gewinnen, nur der traditionelle Bereich der sogenannten Justizverwaltungsakte[3] habe nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterfallen sollen[4]. Letzteres sei auch zu folgern aus den Beratungen des Bundestages zu dieser Problematik, wonach nur "die Nachprüfung der spezifisch-justizmäßigen Verwaltungsakte der Justizverwaltung den ordentlichen Gerichten übertragen werden sollte, da diese über die für die Nachprüfung erforderlichen zivil- und strafrechtlichen Kenntnisse verfügen"[5].

---

[1] Vgl. von FELDMANN, VerwArch. 62 (1971), 169 (170).

[2] In § 25 Abs. 1 S. 2 MRVO 165 heißt es wörtlich: "Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Zivilprozesses, des Strafprozesses einschließlich des Strafvollzuges, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Entnazifizierung" seien vom Verwaltungsrechtsweg ausgenommen.

[3] Also die in § 40 Abs. 2 PVG angesprochenen Justizverwaltungsakte.

[4] Von FELDMANN, VerwArch. 62 (1971), 169 (171 mit weiteren Nachweisen insbesondere in Fn. 22).

[5] BT-Drucksache, III/55 - S. 60 -; auf diese Feststellung stützt sich insbesondere MARKWORTH, DVBl. 1975, 575 (576, 577) und zieht hieraus den Schluß, der Begriff "Justizbehörde" solle bezwecken, "als Einengung und Abgrenzung von möglichen Verwaltungsakten anderer Behörden auf dem Gebiet der Strafrechtspflege" zu dienen (S. 577).

c) Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Grund der funktionellen Zuordnung der Polizei

Im rein funktionellen Sinne wird dagegen der Begriff Justizbehörde vor allem in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung[1] und Literatur[2] verstanden. Zur Begründung wird insbesondere auf den Sinn des § 23 EGGVG abgestellt. So sollen die §§ 23 ff EGGVG dazu beitragen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit von allen den gemäß § 13 GVG den Justizgerichten zugewiesenen Rechtsgebieten auszuschließen[3]. Dies müsse auch für solche Streitigkeiten gelten, die über polizeiliche Maßnahmen geführt würden, die die Grundlage für das spätere staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren und in der Folge hiervon für das strafgerichtliche Verfahren bildeten[4].

---

[1] VG Freiburg, DVBl. 1965, 756; OLG Celle, JVBl. 1968, 70; OLG Celle, Beschluß 3 VAs 8/71 nach HENNEBERG, BB 1973, 1301 (1303, Fn. 19); BayVGH, Bayr.Vw.Bl. 1967, 97 (98); OVG Berlin, DVBl. 1971, 279 (280); OVG Hamburg, DVBl. 1971, 283.

[2] KOEHLER, VwGO, 1960, § 40 Anm. XI 3 b; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, Gefahrenabwehr, 8. Aufl. 1975, S. 363, vgl. auch S. 98; H. J. WOLFF, Verwaltungsrecht II, 3. Aufl. 1970, § 76 II; SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (338); ALTENHAIN, DriZ 1970, 105 (107 Fn. 31); KLEINKNECHT, StPO, Anm. 2 zu § 23 EGGVG; HENNEBERG, DB 1973, 1468 (1469) und BB 1973, 1301 (1303); im Ergebnis wohl auch GÖSSEL, GA 1976, 60 (62); MANSPERGER, Die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Problematik des polizeilichen Erkennungsdienstes, Diss., 1971, S. 16; HENKEL, Die Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes auf dem Gebiete der Strafrechtspflege nach den §§ 23 ff EGGVG, Diss., 1969, S. 53.

[3] BayVGH, Bayr.Vw.Bl. 1967, 97 (98).

[4] BayVGH, Bayr.Vw.Bl. 1967, 97 (98).

Die Konsequenz dieser Meinung ist, daß alle Maßnahmen, die im Zusammenhang mit dem Justizverfahren stehen, nur im Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG nachprüfbar sind und den Verwaltungsrechtsweg damit ausschließen.

Diese Ansicht erfährt ihre Bestätigung in zwei Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. 12. 1974[1]. In diesen beiden Entscheidungen erklärt das Bundesverwaltungsgericht für den Rechtsschutz gegen Strafermittlungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte, und zwar das Oberlandesgericht gemäß § 25 EGGVG für zuständig. Zur Begründung führt das Bundesverwaltungsgericht folgendes aus: Da die Durchführung des Ermittlungsverfahrens Sache des Staatsanwalts sei und die Polizei hierbei unterstützend mitwirke, ja vielfach die Ermittlungen bis zum Abschluß ihrer ermittelnden Tätigkeit selbständig betreibe, die ordentlichen Gerichte aber unzweifelhaft für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit strafprozessualer Maßnahmen der Staatsanwaltschaft zuständig seien, müsse dies auch gelten für das Vorfeld solcher Maßnahmen, für die in der Praxis gemeinhin die Polizei zuständig sei[2]. Denn andernfalls ergäbe sich die Gefahr, daß verschiedene Gerichtszweige eine unterschiedliche Rechtsprechung zu gleichen Rechtsvorschriften auf dem Gebiete der Strafrechtspflege entwickelten. Die Folge hiervon wäre eine Beeinträch-

---

[1] BVerwG, NJW 1975, 893 und NJW 1975, 894 (nur Leitsatz veröffentlicht); vgl. auch BVerwGE 2, 302 (303/304), aber auch BVerwGE 11, 181 (182), wo es heißt, der Erkennungsdienst sei stets eine Polizeiaufgabe und diene nicht der Durchführung eines konkreten Strafverfahrens.

[2] Vgl. neuerdings hierzu SESSAR, ZStW 87 (1975), 1033 (1039 f).

tigung der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit im Recht[1,2].

3. Kritische Würdigung der vorherrschend vertretenen Meinung

Keinem Zweifel sollte es unterliegen, diese strafprozessualen Untersuchungshandlungen, die den Betroffenen vor vollendete Tatsachen stellen, der gerichtlichen Nachprüfung zu unterwerfen. Denn es wäre andernfalls geradezu eine Herausforderung an die handelnden Exekutivorgane, möglichst schnell vollendete Tatsachen zu schaffen, um so einer gerichtlichen Prüfung zu entgehen[3]. Ein solches Ergebnis widerstreitet offensichtlich rechtsstaatlichen Anforderungen und ist mit dem Gebot aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar.

II. Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen

Auf Grund der vorangegangenen Erörterungen ist, gleichgültig, für welche der noch zur Diskussion bereitstehenden Ansichten man sich entscheiden wird, das Rechtsschutzziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer solchen strafprozessualen Untersuchungshandlung statthaft. Diese Folgerung ergibt sich aus den §§ 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG und 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

III. Darstellung eines eigenen Lösungsversuches und Entscheidung für das Rechtsschutzverfahren nach den §§ 23 ff EGGVG

Der Lösungsansatz dürfte - abgesehen von grammati-

---

[1] Vgl. BVerwG, NJW 1975, 893 (893/894).

[2] Diesen Rechtsprechungsstandpunkt hat das Bundesverwaltungsgericht bestätigt in einer weiteren Entscheidung, veröffentlicht in NJW 1976, 305 (insbesondere S. 306/307).

[3] Vgl. GEIGER, Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexesse, in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S. 61 ff (78).

kalischen Auslegungsversuchen des Begriffs "Justizbehörde", die keine zwingenden Schlüsse auf die Richtigkeit der einen oder anderen Meinung zulassen[1] - auch hier wieder aus Art. 19 Abs. 4 GG herzuleiten sein, und - wie bereits das Bundesverwaltungsgericht in zwei früheren Entscheidungen[2] ausgeführt hat - aus Art. 95 GG, wonach vorrangig jeweils das Gericht zuständig sein sollte, das nach seinem allgemeinen Aufgabenkreis, nach seiner Sachkunde und nach seiner Besetzung als das zuständige Gericht im Sinne des Art. 95 GG anzusehen ist. Diesem aus Art. 95 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG hergeleiteten Prinzip sollte auch hier Rechnung getragen werden und es sollte ausreichen, die Tätigkeit der Polizei in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren von ordentlichen Gerichten und damit im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG nachprüfen zu lassen, läßt sich doch nur auf diese Weise ein für dieses Gebiet einheitlicher Rechtsschutz erreichen[3].

Gleichfalls hat das Bundesverwaltungsgericht[4] in seiner zu diesem Fragenkreis ergangenen jüngsten Entscheidung klargestellt, daß die Tätigkeit der Polizei und Staatsanwaltschaft auf dem Gebiet der Straftatenermittlung auf Zusammenarbeit ausgerichtet sei und beide arbeitsmäßig eine Einheit bildeten, wobei die Staatsanwaltschaft lediglich als übergeordnetes Strafermittlungsorgan tätig werde. Letztere verfolge im übrigen die gleichen Ziele wie die Polizei - die in der Praxis weitgehend die Ermittlungstätigkeit bis zum Abschluß aus eigenem Entschluß vornehme -, nämlich die Aufklärung des Tatverdachtes.

---

[1] SCHENKE, VerwArch. 60 (2969), 332 (338).

[2] BVerwGE 1, 21 (24/25); 6, 86 (91 f).

[3] HENNEBERG, BB 1973, 1301 (1303); so grundsätzlich auch GÖSSEL, GA 1976, 60 (62).

[4] Vgl. BVerwG, NJW 1975, 893 f.

Sind nun aber beide Tätigkeiten auf ein einheitliches Ziel ausgerichtet, können auch beide - wenn auch die Polizei in eingeschränktem Maße[1] - zur weiteren Erforschung des Sachverhalts und damit zur Fortführung ihrer Ermittlungen strafprozessuale Zwangsmittel anwenden, so erscheint es auch zweckmäßig, grundsätzlich über die Rechtmäßigkeit solcher Zwangsmaßnahmen Gerichte entscheiden zu lassen, die über die entsprechende Sachkunde verfügen. Wegen dieser Sachkunde ist dem Oberlandesgericht eine solche Überprüfung von Gesetzes wegen durch die §§ 23 ff EGGVG übertragen worden. Gerade wegen der oben herausgearbeiteten Gemeinsamkeiten kann es aber nicht Sinn der gesetzlichen Regelung der §§ 23 ff EGGVG sein, diese ausdrückliche Übertragung eigentlich verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten auf die ordentliche Gerichtsbarkeit dadurch wieder in vielen Fällen zu umgehen, daß zufälligerweise nicht der Staatsanwalt, sondern die Polizei strafprozessuale Zwangsmaßnahmen angeordnet hat[2]. So gesehen verdient die Meinung, die den Begriff "Justizbehörde" weit auslegt und somit im funktionellen Sinne versteht, den Vorzug, als sie doch gleichgelagerte Sachverhalte und damit einhergehend auch gleichgeartete Probleme von ein und demselben Gerichtsbarkeitszweig überprüfen lassen will.

Mit ausschlaggebend für diese Meinung dürfte auch - aufbauend auf § 81 b StPO[3] und § 163 StPO[4] -

---

[1] Einige Untersuchungshandlungen dürfen Polizeibeamte nur anordnen, soweit sie zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt worden sind, § 152 GVG.

[2] Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Schwerpunkt der strafermittelnden Tätigkeit eindeutig bei der Polizei liegt (vgl. HENNEBERG, DB 1973, 1468 (1469).

[3] Auch wei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts ergingen jeweils zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen, BVerwG, NJW 1975, 893 f; BVerwG, JZ 1975, 523 f.

[4] Vgl. NAUMANN, DÖV 1975, 278.

die Tatsache sein, daß die Maßnahmen im Sinne des § 81 b StPO jeweils nur vorgenommen werden dürfen gegenüber einem Beschuldigten[1]. "Beschuldigter" kann aber nur derjenige sein, gegen den ein öffentliches "Strafverfahren eingeleitet, gegen den aber noch keine das Erkenntnisverfahren abschließende rechtskräftige Entscheidung ergangen ist"[2].

Folglich kann von einer rein polizeirechtlichen erkennungsdienstlichen Maßnahme im Rahmen des § 81 b StPO nur noch insoweit gesprochen werden, als solche Maßnahmen gegenüber Nichtbeschuldigten vorgenommen werden[3], da gegen letztere, im Gegensatz zu dem "Beschuldigten" im Sinne des § 81 b StPO, noch keine konkreten Strafermittlungsverfahren eingeleitet worden sind.

Da nun das strafprozessuale Ermittlungsverfahren rechtlich in den Händen der Staatsanwaltschaft liegt[4], und sie also zur justizgemäßen Sachleitung[6] des Ermittlungsverfahrens verpflichtet ist, die Polizei dem Justizorgan Staatsanwaltschaft zuarbeitet,[7]

---

[1] BACH, NJW 1962, 1000 (1001); HUST, Kriminalistik 1965, 499.

[3] OLG Hamm, NJW 1974, 914 (915); vgl. auch KLEINKNECHT, StPO, Einl. 3 B a; OLG Hamburg, JR 1955, 394 bezüglich § 81 StPO; zum Beginn der Beschuldigteneigenschaft in einem Ermittlungsverfahren vgl. von GERLACH, NJW 1969, 776 ff und KOHLHAAS, Körperliche Untersuchungen und erkennungsdienstliche Maßnahmen, 2. Aufl. 1976, S. 11 ff.

[4] NAUMANN, DÖV 1975, 278.

[5] MARKWORTH, DVBl. 1975, 575 (576) spricht in diesem Zusammenhang von der Staatsanwaltschaft als dem eigentlichen Strafverfolgungsorgan; vgl. auch KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 A zu § 163 StPO.

[6] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 A zu § 163 StPO.

[7] Vielfach wird die Staatsanwaltschaft als "Kopf ohne Hände" bezeichnet (vgl. BVerwG, NJW 1975, 893 (894)).

undso in das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren eingebettet ist[1], kann auch bezüglich des Rechtsweges keine Unterscheidung gemacht werden. Denn es gibt kein besonderes kriminalpolizeiliches Strafermittlungsverfahren der Polizei[2]. Auch ist die strafverfolgende Tätigkeit der Polizei rein repressiver Art, so daß die im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit ergehenden Maßnahmen notwendigerweise als justizmäßige Akte angesehen werden müssen. Für den gesamten Bereich der in § 23 Abs. 1 EGGVG angesprochenen Strafrechtspflege soll aber das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG umfassenden und einheitlichen Rechtsschutz bieten[3]. Es drängt sich deshalb auf, die in diesem Bereich getroffenen Anordnungen der Polizei insgesamt der Kontrolle durch die ordentliche Gerichtsbarkeit zu unterstellen.

Der Rechtsschutz ist demnach auch in diesen Fällen beschränkt auf die nachträgliche Feststellung der Rechtmäßigkeit der jeweils angegriffen strafprozessualen Zwangsmaßnahmen. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Vorschrift des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG.

---

[1] MEYER, JuS 1971, 294 (297).

[2] ALTENHAIN, DriZ 1970, 105 (107).

[3] Vgl. ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (107); MANG/MAUNZ/MAYER/OBERMAYER, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975, S. 538.

ZWEITER TEIL

Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen, die vom Richter angeordnet wurden

A. Rechtsschutz bei noch nicht durch Vollzug erledigten strafprozessualen Untersuchungshandlungen

I. Strafprozessuale Untersuchungshandlungen mit ausdrücklich im Gesetz vorgesehener Beschwerderegelung

Gegen richterliche Beschlüsse und entsprechende Entscheidungen des erkennenden Gerichts ist im Rahmen der Strafprozeßordnung die Einlegung der Beschwerde, §§ 304 Abs. 1, 305 S. 2 StPO, statthaft, soweit die Anfechtbarkeit einzelner strafprozessualer Untersuchungshandlungen ausdrücklich festgelegt ist, so etwa im Fall des § 81 Abs. 4 StPO.

II. Strafprozessuale Untersuchungshandlungen ohne eigenständige Rechtsmittelbewehrung

Für den Großteil strafprozessualer Untersuchungshandlungen ist der jeweiligen Eingriffsnorm nicht eine spezielle Rechtsschutzbestimmung beigegeben. Insoweit kann einzig auf die zentrale Rechtsschutzregelung der §§ 304 ff StPO zurückgegriffen werden. Grundsätzlich gewährt § 304 Abs. 1 StPO gegen alle erstinstanzlich erlassenen Beschlüsse des Gerichts den hiervon Betroffenen das Rechtsmittel der Beschwerde. Dies hat gleichermaßen Bedeutung im Berufungsverfahren. Ausnahmen hiervon sind jeweils im Gesetz selbst niedergelegt, zum Beispiel in § 305 S. 1 StPO, oder werden stillschweigend dort

vorausgesetzt, wo der Betroffene auf einen anderen Rechtsbehelf zurückgreifen kann.

1. Anordnungen des Gerichts außerhalb eines Hauptverfahrens

Außerhalb des Hauptverfahrens von Richtern angeordnete strafprozessuale Untersuchungshandlungen sind mit der Beschwerde grundsätzlich anfechtbar. Dies bezieht sich auf Anordnungen gemäß §§ 81 a, 81 c StPO[1] ebenso wie auf erkennungsdienstliche Maßnahmen im Sinne des § 81 b StPO, soweit es sich letzterenfalls um solche Maßnahmen handelt, die der Durchführung eines konkreten Strafverfahrens dienen[2]. Gegen richterlich angeordnete Beschlagnahmen im Sinne der §§ 94 - 100 StPO steht den Betroffenen das Rechtsmittel der Beschwerde ebenso zur Verfügung[3] wie bei der Haussuchung, §§ 102 ff StPO[4]. Gleiches gilt für die richterliche Anordnung auf Beschlagnahme der an den Beschuldigten gerichteten Briefe und Sendungen auf der Post sowie der an diesen gerichteten Telegramme auf den Telegraphenanstalten, §§ 99, 100 StPO[5]. Der Betroffene hat darüber hinaus das Recht zur Beschwerdeeinlegung bei richterlich angeordneter Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger[6], §§ 100 a, 100 b StPO.

---

[1] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 23 zu § 81 a, Rdnr. 24 zu § 81 c StPO.

[2] MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 21 zu § 81 b StPO; POTRYKUS, Die Polizei 1966, 104.

[3] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 7 b zu § 98 StPO.

[4] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 4 zu § 105 StPO.

[5] DÜNNEBIER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. IV zu § 100 StPO.

[6] DÜNNEBIER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. 7 zu § 100 b in Verbindung mit Anm. IV zu § 100 StPO.

2. Anordnungen des erkennenden Gerichts

a) Darstellung des Streitstandes

Streitig ist indes, ob diese Anordnungen auch für den Fall noch angefochten werden können, daß sie vom erkennenden Gericht veranlaßt worden sind, § 305 S. 1 StPO, und nicht den aufgeführten Ausnahmen in § 305 S. 2 StPO unterfallen.

Der Meinungsstreit hat sich insbesondere an der Bestimmung des § 81 a StPO entzündet. Seine Bedeutung ist aber nicht auf diese Einzelregelung begrenzt, da jeder strafprozessuale Eingriff zumindest unter dem Gesichtspunkt der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit[1] stets auch eine grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung zeigt, sich also aus diesem Gesichtspunkt eine Unterscheidung nicht rechtfertigt.

Die Ansichten reichen von der Annahme der Unzulässigkeit der Beschwerde - denn soweit die Zwangsmaßnahme vom erkennenden Gericht selbst angeordnet worden sei, ergebe sich dies eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut des § 305 S. 1 StPO[2] - bis zur ausnahmslosen Bejahung ihrer Zulässigkeit mit der Begründung, eine nach § 81 a StPO angeordnete Zwangsmaßnahme sei bereits vor der Urteilsfällung vollzogen und könne nicht mehr rückgängig gemacht werden, ohne nochmals der Überprüfung des Gerichts zu unterliegen, wie es bei den Anordnungen des erkennenden Gerichts, soweit diese wegen § 305 S. 1 StPO von einer zwischenzeitlichen Anfechtung ausgeschlossen

---

[1] BVerfGE 6, 32 (32 f).

[2] OLG Braunschweig, GA 1965, 345; OLG Hamm, NJW 1959, 447 (448); OLG Frankfurt, NJW 1957, 839.

seien, der Fall sei[1]. Eine vermittelnde Meinung bejaht die Zulässigkeit der Beschwerde jeweils dann, wenn die Anordnung in der Intensität einem Eingriff der in dem § 305 S. 2 StPO aufgeführten Zwangsmaßnahmen gleichkommt[2], wobei die Anordnung zumindest verbunden sein müsse mit einer Freiheitsentziehung oder einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit[3].

b) Art. 19 Abs. 4 GG als Lösungsansatz

Die Lösung dieses Problems würde sich aus Art. 19 Abs. 4 GG für den Fall ergeben, daß diese Grundrechtsbestimmung den gesetzlichen Ausschluß der Beschwerdemöglichkeit von vornherein verböte und der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht schon dadurch ausreichende Rechnung getragen worden wäre, daß ein Richter die Anordnung erlassen und somit das erste Wort gehabt hatte[4]. Sollte die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch alle richterlichen Anordnungen erfassen, so wäre offenbar gleichzeitig die Entscheidung für einen nachträglichen, lediglich feststellenden Rechtsschutz auch bei richter-

---

[1] BayObLGSt. 1956, 180 (182 - 186); LG Bremen, NJW 1968, 20'; LG Göttingen, MDR 1952, 629 (630); EB.SCHMIDT, JR 1957, 112; AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 19 ff; KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 23 zu § 81 a StPO und Rdnr. 24 zu § 81 c StPO.

[2] Vgl. etwa OLG Celle, NJW 1971, 256 (257); OLG Hamm, NJW 1970, 1985 (1985/1986); NJW 1971, 1903; OLG Hamm, MDR 1971, 507 (507, 508 nur Leitsatz); MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 10 b zu § 81 a und Anm. 9 zu § 81 c StPO; MEYER in Löwe-Rosenberg, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 67 zu § 81 a, Rdnr. 21 zu § 81 b und Rdnr. 57 zu § 81 c StPO.

[3] OLG Hamm, MDR 1975, 1040 (1040/1041).

[4] Vgl. WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 16.

lich verfügten und sich durch Vollzug erledigten Anordnungen gefallen.

aa) Darstellung des Meinungsstandes

Ob die präventive Einschaltung des Richters[1] als ausreichende Begründung für das Fehlen jeglicher nachträglicher Überprüfung oder genügender Ersatz für das vor der Anordnung nicht gewährte rechtliche Gehör angesehen werden kann, wird neuerdings in Frage stellt.

(1) Die Ansicht von PETERS

PETERS hält für diese Fälle der Erledigung eine zusätzliche richterliche Kontrolle mit Rücksicht auf das vom Gesetzgeber in den §§ 304 ff StPO niedergelegte Rechtsmittelsystem für zulässig und erforderlich, da diese Regelung die Notwendigkeit zur Überprüfung gerade auch richterlicher Entscheidungen aufzeige[2]. Eine gegenteilige Betrachtungsweise verliehe dem Richter eine nach den Bestimmungen der Strafprozeßordnung nicht zugebilligte Machtposition. Eine solche Entwicklung stünde im Widerspruch mit der im Verwaltungsrecht geübten Praxis und mit der Tendenz der ordentlichen Gerichte, diese bei Gefahr im Verzuge auch von der Staatsanwaltschaft anordbaren und durch Vollzug erledigten Eingriffe noch einer nachträglichen Rechtskontrolle zu unterziehen[3]. Die Einheitlichkeit der Rechtsordnung werde nur gewahrt, wenn auch entsprechende richter-

---

[1] Vgl. BVerfGE 9, 89 (97); WELP, Zwangsbefugnisse der Staatsanwaltschaft, 1976, S. 16/17.

[2] PETERS, JR 1973, 341 (342).

[3] KG, JR 1972, 297.

lich angeordnete Eingriffe einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung unterstellt würden[1]. Auch sei nicht ersichtlich, weshalb dem Betroffenen die Möglichkeit der Rehabilitation schon deshalb verschlossen werden dürfe, nur weil ein Richter die Zwangsmaßnahme angeordnet habe[1].

(2) Die Auffassung von AMELUNG

AMELUNG hält es für ausgeschlossen, daß der den Eingriff anordnende Richter gleichzeitig als ein in dieser Sache neutraler, am Eingriff nicht interessierter Dritter handeln kann, zumal ihm - soweit ihm nicht die alleinige Kompetenz zustehe - lediglich Tatsachen von der an dem gewünschten Eingriff interessierten Ermittlungsbehörde unterbreitet würden[2]. Für die Entscheidung des Richters erhebliche Tatsachen, die lediglich der von dem Eingriff Betroffene hätte vorbringen können oder die die Ermittlungsbehörde dem Richter möglicherweise nicht mitgeteilt hätten, blieben unberücksichtigt, obwohl sie unter Umständen den geplanten Eingriff als von vornherein ungerechtfertigt hätten erscheinen lassen können. Die präventive Einschaltung des Richters stelle deshalb keinen ebenbürtigen Ersatz für eine nachträgliche Überprüfung dar[3]. Da der Richter seiner ihm zugedachten neutralen Rolle gar nicht gerecht werden könne, sei es erforderlich, die Funktion, die Art. 19 Abs. 4 GG gegenüber behördlichen Eingrif-

---

[1] PETERS, JR 1973, 341 (342).

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 54; derselbe ZZP 88 (1975), 74 (81, 84).

[3] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 54.

fen erfülle, also Sicherung der Gewährleistung eines gerichtlichen Verfahrens mit rechtlichen Gehör, in gesetzlich vorgesehene Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen einfließen zu lassen[1].

(3) Die Meinung von LORENZ

Auch LORENZ verneint die Neutralität des Richters in dem Maße, in dem er selbst als Herr des Verfahrens Inhaber von Herrschaftsbefugnissen sei. In dieser Eigenschaft könne er verbindliche hoheitliche Anordnungen für die übrigen, mit eigenständigen Rechten ausgestatteten Verfahrensbeteiligten treffen[2]. Insoweit stehe er diesen nicht als unbeteiligter Dritter, sondern als ein selbst am Verfahren Beteiligter gegenüber. Handele er in dieser Funktion, urteile er also nicht etwa nur in Anwendung materiellen Rechts über einen konkreten Rechtsfall, so sei er Teil der öffentlichen Gewalt und unterfalle auch dem Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG. Seien durch das Handeln des Richters Rechte von Verfahrensbeteiligten betroffen, wie zum Beispiel die Verweigerung der Gewährung rechtlichen Gehörs, so müsse die Gewähr der Anrufung eines weiteren Richters gegeben sein. Deswegen ergebe sich auch aus Art. 19 Abs. 4 GG die Forderung nach einem Instanzenzug[3].

---

[1] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 55, 59.

[2] LORENZ, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, 242/243; so auch AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 23.

[3] LORENZ, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, 243/244; diese Ansicht wurde erstmalg im Jahre 1950 von von der HEYDTE, VVDStrL 8 (1950), 163 vorgetragen, ist aber vereinzelt geblieben.

(4) Die herkömmlich vertretene Ansicht

Diesen Auffassungen steht die herkömmlich vertretene Meinung gegenüber, die die Rechtsprechung nicht der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG unterstellt[1]. Zur Begründung wird hauptsächlich darauf verwiesen, daß Art. 19 Abs. 4 GG nur den Schutz durch und nicht gegen den Richter garantiere. Art. 19 Abs. 4 GG vermöge auch deshalb nicht die Rechtsprechung gegen die Rechtsprechung zu mobilisieren[2], weil richterliche Handlungen bereits "von Rechts wegen" ergingen, der Rechtsweg also gar nicht erst eröffnet zu werden brauche, wie Art. 19 Abs. 4 GG es aber vorsehe[3]. Die Frage nach der Überprüfung richterlicher Akte stelle sich hiernach nicht als ein Problem des Rechtsweges, sondern als ein solches der Eröffnung und Ausgestaltung des Rechtsmittel- und Instanzenzuges dar, für das allein der Gesetzgeber verantwortlich sei[4]. Folglich garantiere Art. 19 Abs. 4 GG auch keinen Instanzenzug[5].

---

[1] BVerfGE 11, 263 (265); 15, 275 (280); 22, 106 (110); WELP, GA 1977, 124 (125); DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 17 zu Art. 19 Abs. 4 GG; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Grundgesetz, Rdnr. 25 zu Art. 19 GG; SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1817, Fn. 5).

[2] OLG Köln, NJW 1966, 1761; von MÜNCH, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1975, Rdnr. 45 zu Art. 19 GG.

[3] Vgl. BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, S. 779 ff (790).

[4] WELP, GA 1977, 124 (125); derselbe, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 16; BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, S. 779 ff (790, 809/810).

[5] BETTERMANN, AöR 96 (1971), S. 528 (552); BRÜGGEMANN, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, S. 128.

bb) Stellungnahme - Ausschluß der Erstreckung des Geltungsbereiches des Art. 19 Abs. 4 GG auf richterliche Anordnungen

Die vereinzelten Versuche in der Literatur, auf eine Materialisierung des Neutralitätsbegriffs[1] hinzuwirken und gewisse richterliche Akte der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu unterstellen, erledigen sich insoweit, als sie nicht Maßnahmen betreffen, die erforderlich sind, um die Rechtsprechung überhaupt "technisch"[2] zu ermöglichen; in Betracht kämen insoweit Maßnahmen der Justizverwaltung.

Zwar sind die in dieser Untersuchung angesprochenen Anordnungen nicht Aufgaben spezifisch richterlicher Art, da sie nicht der abschließenden richterlichen Beurteilung eines Rechtsstreitverfahrens dienen[3]. Da aber diese Akte einem herkömmlichen Richtervorbehalt unterstehen[4], wird automatisch den Art. 97 ff GG Geltung verschafft[5] mit der Folge, daß die Einschaltung des gesetzlichen und unabhängigen Richters[6] ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren im Sinne des Neunten Abschnitts des Grundgesetzes gewährleisten soll[7]. Kann sich insoweit der Richter seiner ihm zugedach-

---

[1] WELP, GA 1977, 124.

[2] EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 48.

[3] Vgl. BVerfGE 9, 89 (97).

[4] BVerfGE 9, 89 (96/97).

[5] HERZOG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 60 zu Art. 92.

[6] BVerfGE 22, 49 (78).

[7] BVerfGE 9, 89 (97).

ten und sich aus den Art. 92 ff GG ergebenden Rolle nicht entziehen, so ergehen - gebunden nur an Recht und Gesetz - diese Entscheidungen auch von vornherein in einem mit allen Garantien eines richterlichen Verfahrens ausgestatteten Rechtsweg[1]. Damit ist der Rechtsweggarantie unter dem Aspekt des Art. 19 Abs. 4 GG genüge getan[2]. Ergehen richterliche Entscheidungen somit in einem bereits eröffneten Rechtsweg, so besteht auch für die Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG, der erst den Zugang zu den Gerichten ermöglichen soll, keine Notwendigkeit, da ein bereits von vornherein eröffneter Rechtsweg nicht der zusätzlichen Garantie seines Zugangs bedarf.

Desgleichen ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG kein verfassungsrechtlich gesicherter Anspruch auf einen zumindest zweistufigen Instanzenzug. Dem Wortlaut nach gewährt Art. 19 Abs. 4 GG lediglich die Nachprüfung von Akten öffentlicher Gewalt durch ein Gericht[3], das den Anforderungen des Neunten Abschnitts des Grundgesetzes entspricht. Gemeint ist also die Einschaltung eines Gerichts, dessen Entscheidung in Anwendung der Garantien eines richterlichen Verfahrens ergehen muß[4]. Diesem Erfordernis ist durch die Einschaltung eines unabhängigen Richters Rechnung getragen, da dieser gewährleistet, daß bei dem von der Ermittlungsbehörde beantragten Eingriff die Interessen des nicht vorher gehörten Betroffenen ausreichend gewürdigt und der Eingriff auf seine Recht-

---

[1] BVerfGE 9, 89 (97).

[2] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 16.

[3] BVerwGE 1, 60 (62).

[4] SCHULTZ, MDR 1952, 727.

mäßigkeit überprüft wird[1].

Das Erfordernis eines Instanzenzuges kann auch nicht aus einem allgemeinen Verfassungsgrundsatz, etwa dem Rechtsstaatsprinzip, hergeleitet werden. So entspricht seit jeher der Ausschluß von Rechtsmitteln bei Nichterreichen der Beschwerdesumme in dem zivilprozessualen Verfahren gängigem Recht[2]. Das Wissen um diese Beschränkung wird beim Verfassungsgesetzgeber auch vorausgesetzt werden können. Hätte er das Erfordernis eines Instanzenzuges befürworten wollen, so hätte er ein solches Gebot in Art. 19 Abs. 4 GG oder an anderer Stelle im Grundgesetz verankern können. Es ist deshalb eine Frage der Zweckmäßigkeit[3], wenn der Gesetzgeber einen mehrstufigen Instanzenzug und damit eine "innerjustizielle Kontrolle"[4] gesetzlich festschreibt, deren Erforderlichkeit zumindest nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG zurückgeführt werden kann[5]. Die Forderung, wegen Art. 19 Abs. 4 GG oder des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips einen Instanzenzug für verfassungsrechtlich notwendig zu erachten, ist deshalb lediglich ein rechtspolitisches Postulat.

---

[1] BVerfGE 9, 89 (97).

[2] Vgl. §§ 511 a, 546, 567 Abs. 2 ZPO, hierzu im einzelnen BUCHHOLZ, DVBl. 1952, 361 (362).

[3] TITZCK, MDR 1953, 397 (398); SCHULTZ, MDR 1952, 727.

[4] WELP, GA 1977, 124 (125); vgl. auch EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 258.

[5] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 13; DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 45 f zu Art. 19 Abs. 4 GG; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, GG, Rdnr. 18 zu Art. 19 GG; HAMANN/LENZ, GG, Anm. 17 zu Art. 19 GG.

c) Erstreckung des Rechtsschutzes in § 305 S. 2 StPO auf alle strafprozessualen Untersuchungshandlungen

Erlangt Art. 19 Abs. 4 GG demnach keine Bedeutung für die Frage, ob ein Ausschluß jeglichen Rechtsschutzes bei richterlichen Anordnungen zulässig ist, so zeigt aber ein Vergleich der nach § 305 S. 2 StPO anfechtbaren strafprozessualen Anordnungen mit denjenigen, die in diesem Katalog nicht aufgeführt sind, daß beide in grundrechtlich geschützte Bereiche eingreifen. Diese Tatsache läßt eine Differenzierung nicht zu, zumal es auch Sinn des § 305 S. 1 StPO sein soll, die Beschwerde lediglich gegenüber solchen Entscheidungen zu verschließen, die der Vorbereitung des Urteils dienen und mit der Urteilsfällung in einem Zusammenhang stehen. Diese Anordnungen sind in der Regel nur vorläufiger Art und unterfallen vor der Urteilsfällung einer nochmaligen Kontrolle des Gerichts[1]. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, daß mit Vollzug der Anordnung bereits endgültig in Rechte des Betroffenen eingegriffen wird. Anordnungen hingehen, die bereits vor der Urteilsfällung vollzogen und nicht mehr rückgängig zu machen sind, wie zum Beispiel diejenigen gemäß §§ 81 a oder 105 StPO, sind nicht bloß vorläufiger Art. Der hiermit erfolgte Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte des Betroffenen ist danach endgültig und unabhängig vom Ausgang des gegen ihn angestrengten Hauptverfahrens.

Die Zulässigkeit der Anfechtung mit dem Rechtsmittel der Beschwerde auch der nicht in § 305 S. 2 StPO aufgeführten Untersuchungshandlungen ist deshalb insoweit angezeigt, als der Eingriff wegen vorherigen Vollzugs nicht mehr der abschließenden Prüfung durch

---

[1] Vgl. hierzu HAHN, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung, Bd. 1 S. 247.

das Gericht vor der Urteilsfällung unterliegt.

B. Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen

Ist demnach die Einlegung der Beschwerde, §§ 304 ff StPO, bei allen noch nicht durch Vollzug erledigten strafprozessualen Untersuchungshandlungen grundsätzlich zulässig, so stellt sich jetzt das Problem ihrer Statthaftigkeit. Festgestellt werden kann auch hier lediglich die Illegalität eines erledigten richterlichen Aktes[1].

Überhaupt kommt von vornherein bei den typischerweise sich kurzfristig erledigenden strafprozessualen Untersuchungshandlungen nur das oben genannte Rechtsschutzziel in Betracht, soweit sie für den Betroffenen überraschend erfolgen und sofort vollzogen werden. So wird etwa die Haussuchung, §§ 105 Abs. 1, 102 ff StPO, in der Regel ohne Benachrichtigung des Betroffenen vollzogen, um ihm gegenüber einen Überraschungseffekt und damit den gewünschten Erfolg zu erzielen. Besonders deutlich wird die oben aufgezeigte Sachlage, wenn man den - sicherlich nicht seltenen - Fall annimmt, daß der Wohnungsinhaber nicht daheim ist und lediglich eine Person im Sinne des § 106 Abs. 1 S. 2 StPO als ein bei der Durchsuchung Anwesender hinzugezogen werden kann. Diese Person hat aber, soweit sie kein Angehöriger des Betroffenen ist, grundsätzlich keine besondere Veranlassung, die Rechtmäßigkeit der noch andauernden Haussuchung in Zweifel zu ziehen. Ist nun die Durchsuchung beendet, so kann dieser tatsächliche Vorgang als solcher sicherlich nicht mehr rück-

---

[1] Wegen der Darstellung des Streitstandes kann verwiesen werden auf die Seiten 38 ff.

gängig gemacht werden. Gleichermaßen erledigen sich die Anordnungen, die zur Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs ergehen, §§ 100 b, 100 a StPO, da die Benachrichtigung gemäß § 101 StPO erst erfolgt, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes, will heißen erst mit Beendigung der Maßnahme[1], geschehen kann. Gleichfalls sind in der Regel Eingriffe im Sinne der §§ 81 a, 81 b StPO , wie zum Beispiel die Anordnung zur Entnahme einer Blutprobe oder zu einer erkennungsdienstlichen Behandlung, beendet, da - auch bei sofort eingelegter Beschwerde - der Vollzug der Anordnung grundsätzlich nicht gehemmt wird, § 307 Abs. 1 StPO.

I. Überprüfung der Statthaftigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles an Hand des verfassungsrechtlichen Gebotes auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG

1. Art. 103 Abs. 1 GG als Garantie der Gewährleistung zumindest nachträglichen Gehörs

Da die Strafverfahrensordnung vielfach betrachtet wird als eine "Art Ausführungsgesetz zum Grundgesetz"[2] oder als "angewandtes Verfassungsrecht"[3], stellt sich jetzt die Frage, ob nicht ein anderer

---

[1] MEYER, in Löwe-Rosenberg, StPO, 23 Aufl. 1976, Rdnr. 9 zu § 100 b in Verbindung mit Rdnr. 30 zu § 100 StPO.

[2] Siehe die Ausführungen bei KOHLMANN, Der Anspruch des Beschuldigten auf schnelle Durchführung des Ermittlungsverfahrens, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 501 (508).

[3] BVerfGE 32, 373 (383); HENKEL, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 86; vgl. auch allgemein zur Einflußnahme des Grundgesetzes auf die StPO: MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Einleitung, Anm. 1; PETERS, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, S. 24 ff und denselben, Der neue Strafprozeß, 1975, S. 36, S. 70; SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 13; LAMPE, MDR 1974, 535 (538).

verfassungsrechtlicher Grundsatz die Zulässigkeit des Rechtsschutzzieles der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer richterlichen Anordnung im Rahmen der Strafprozeßordnung verlangt[1].

Anzuknüpfen ist an das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs, das grundgesetzlich in Art. 103 Abs. 1 GG niedergelegt ist[2].

Hieraus wäre offenbar die Statthaftigkeit einer nachträglichen, lediglich feststellenden Entscheidung dann ableitbar, wenn die Gewährung rechtlichen Gehörs auch bei richterlicher Anordnung des Eingriffs in keinem Fall unterbleiben dürfte.

Zwar ist die prozeßrechtliche Ausgestaltung des Gebots auf Gewährung rechtlichen Gehörs in den einzelnen Verfahrensordnungen auch unter der Geltung des Art. 103 Abs. 1 GG weithin unverändert geblieben, da diese großenteils bereits dem aus Art. 103 Abs. 1 GG hergeleiteten Gebot auf Gewährung rechtlichen Gehörs entsprochen haben[3].

---

[1] Denn gerade das Strafprozeßrecht erlaubt tiefgreifende Eingriffe in an sich grundrechtlich geschützte Rechtspositionen, und es bedarf jeweils sorgfältiger Überprüfung, ob der Eingriff noch von der Verfassung her gerechtfertigt werden kann (vgl. BAUMANN, Die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961 (Neudruck 1971), S. 525 (527); nach Ansicht von LERCHE, ZZP 78 (1965), S. 1 (4) erlangt das Verfahrensrecht in zunehmendem Maße die "Aufmerksamkeit" des Verfassungsrechts).

[2] Die herausragende Bedeutung des rechtlichen Gehörs gerade für das Strafprozeßrecht betont KENNEWEG, Darstellung und kritische Würdigung der Rechtsprechung zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, Diss., 1969, S. 153.

[3] BVerfGE 9, 89 ff, der Senat geht insoweit aus "von dem verfassungsrechtlichen Grundbild des Prozeßrechts" (BVerfG a.a.O., S. 96); BVerfGE 17, 356 (361).

So sind hiernach zwar die jeweiligen prozeßrechtlichen Vorschriften ;an sich" zu beachten, jedoch nur unter der Voraussetzung, als diese Bestimmungen jeweils zumindest ein Minimum an rechtlichem Gehör gewährleisten[1] und zwar unabhängig von der Ausgestaltung des Verfahrens durch die verschiedenen Verfahrensordnungen[2].

Entspricht somit eine Verfahrensordnung nicht diesem Erfordernis, so hat das Bundesverfassungsgericht - im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichts-

---

[1] BVerfGE 9, 89 ff, der Senat geht insoweit aus "von dem verfassungsrechtlichen Grundbild des Prozeßrechts" (BVerfG a.a.O., S. 96); BVerfGE 17, 356 (361).

[2] BVerfGE 7, 53 (57); VG Frankfurt, DVBl. 1959, 896; ARNDT, NJW 1963, 432 (433) weist auf die Gefahren des Mißbrauchs dieser Aussage des Bundesverfassungsgerichts durch falsche Auslegung hin und stellt klar, daß mit dem vom Bundesverfassungsgericht angesprochenen "Minimum" lediglich die Art und Weise gemeint sei, wie Gehör zu gewähren sei; unberührt hiervon solle aber der allgemeine Grundsatz bleiben, Grundrechtsnormen so auszulegen, daß sie ihre stärkste Wirksamkeit entfalten; vgl. auch HAMANN, AnwBl. 1958, 141 (143/144); SCHÜTZ, NJW 1961, 582 (584); LÖHR, der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeß, 1972, S. 171; dieses Minimum an rechtlichem Gehör wird auch stets deshalb zu fordern sein, weil andernfalls der Betroffene lediglich zum Objekt staatlichen Handelns gemacht würde, was dem heutigen Rechtsverständnis über die Menschenwürde grob widerspräche.

[3] Vgl. LEIBHOLZ/RINCK, GG, 5. Aufl. 1975, Anm. 3 zu Art. 103 GG; EB.SCHMIDT, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl. 1964, Rdnr. 337 ff; OSTLER, JR 1959, 121 (126).

hofes[1] - dem aus Art. 103 Abs. 1 GG hergeleiteten Gebot Verfassungsrang nicht nur für die Auslegung des jeweils geltenden Verfahrensrechts zuerkannt, sondern darüber hinaus unmittelbar aus diesem Grundrecht Anhörungspflichten begründet[2]. Bei Fehlen verfahrensrechtlicher Vorschriften oder bei solchen, die das rechtliche Gehör nicht ausreichend oder gar nicht gewähren, kann also dem Art. 103 Abs. 1 GG unmittelbar eine solche Anhörungspflicht entnommen werden[3]. Art. 103 Abs. 1 GG greift also insoweit ergänzend oder korrigierend ein[4].

Indes besteht oftmals geradezu ein zwingendes justizmäßiges Gebot, insbesondere in den Fällen der "Gefahr im Verzug", möglichst ohne Vorwarnung des

---

[1] BayVerfGH 4 (1951), 21 (28); 10 (1957), 1 (3); hiernach hat der Verfassungsgeber in Art. 91 BV (= Art. 103 Abs. 1 GG) lediglich bereits bestehendes Verfahrensrecht in den Verfassungsrang erheben wollen. Eine Verletzung des Verfassungsprinzips der Gewährung rechtlichen Gehörs wäre hiernach also nur insoweit möglich, als die bestehenden Verfahrensgesetze überhaupt rechtliches Gehör gewährleisten (so auch BayObLGE 1954, 1 (4); KG, NJW 1954, 1410; PETERS, JZ 1958, 435; SCHÜTZ, NJW 1961, 582 (584); der BayVerfGH hat diese Rechtsprechung jedoch ausdrücklich wieder aufgegeben (vgl. BayVerfGH 17 (1964), 44 (44/45) und hat sich der Linie des Bundesverfassungsgerichts angeschlossen.

[2] BVerfGE 6, 12 (14); 7, 95 (98); 8, 253 (255 f); 9, 89 (98); BGHSt 11, 88 (91); vgl. auch DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 23 zu Art. 103 GG; DAHS, das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 1965, S. 7/8; ARNDT, NJW 1959, 1297 (1299); SCHÜTZ, NJW 1961, 582 (584); PIECK, Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren, 1966, S. 81; RÖHL, NJW 1958, 1268 (1269); HAMANN, AnwBl. 1958, 141 (144); HAUEISEN, NJW 1955, 1557 (1860); BAUR, AcP 153 (1954), 393 (395).

[3] BVerfGE 7, 95 (98); 17, 356 (361); 24, 56 (62) mit Hinweisen auf BVerfGE 20, 280 (282); 21, 132 (137).

[4] Vgl. auch MAJEWSKI, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?, 1971, ". 101/102; LEIBHOLZ/RINCK, GG, 5. Aufl. 1975, Anm. 3 zu Art. 103 GG; so auch OSTLER, JR 1959, 121 (126).

Betroffenen, d.h. ohne vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs, strafprozessuale Zwangsmaßnahmen gegen diesen zu veranlassen, um den Erfolg einer gebotenen Maßnahme nicht zu gefährden[1].

Die Zulässigkeit solcher Maßnahmen ergibt sich bereits aus zwingenden kriminalpolitischen Erwägungen, wollte man nicht auf schlagkräftige Ermittlungsorgane verzichten. Diesen an Hand der täglichen Praxis angestellten Überlegungen hat sich auch das Bundesverfassungsgericht nicht verschließen mögen und hat diese Notwendigkeit grundsätzlich als noch in Übereinklang mit Art. 103 Abs. 1 GG stehend anerkannt[2].

Ein solcher Verzicht wird auch deshalb noch als rechtlich zulässig angesehen, weil solche Anordnungen - zumindest von der gesetzlichen Regel her -

---

[1] Vgl. BVerfGE 7, 95 (99), das bereits dessen Notwendigkeit und im Gefolge davon dessen Zulässigkeit bejaht hat, und zwar für das Arrestverfahren im Zivilprozeß; vgl. hierzu auch SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Einl. Kap. 13 Rdnr. 85.

[2] BVerfGE 9, 89)98); zustimmend JAGUSCH, NJW 1959, 265 (266); RÖHL, NJW 1964, 273 (276); DAHS, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 1965, S. 65/66; DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 44 ff zu Art. 103 GG; ZEUNER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, Bd. I, S. 1013 (1032/1033); kritisch zu BVerfGE 9, 89 ff äußert sich SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 79; vgl. auch RAHN, NJW 1959, 1167 und OLG Oldenburg, NJW 1958, 152; gegen diese Begründung der herrschenden Meinung wendet sich LERCHE, ZZP 78 (1965), S. 1 (21/22, Fn. 47).

durch den Richter ergehen[1], wohl aus der Überlegung heraus, dieser könne die widerstreitenden Interessen am ehesten objektiv bewerten[2], ohne - also bei Bejahung übergeordneter staatlicher Belange und damit einhergehendem Verzicht auf Gewährung vorherigen Gehörs - die Würde des Betroffenen zu verletzen, soweit solche Akte der öffentlichen Gewalt ihrem Charakter nach nur vorläufiger Art

---

[1] BVerfGE 9, 89 (98); inwieweit das Bundesverfassungsgericht indes in diesem Fall an der Praxis vorbeigeht, zeigt WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 110, auf, wonach zumindest in den Fällen der Haussuchung, § 105 Abs. 1 StPO, die vom Gesetz ins Auge gefaßte Regel, daß der Richter die Anordnung zur Haussuchung zu erteilen habe, zur besonderen Ausnahme werde, da diese in der Regel wegen ihrer größeren Sachnähe bei der Verfolgung krimineller Taten und wegen des sich vielmals hieraus ergebenden Moments der "Gefahr im Verzug" von der Staatsanwaltschaft oder der Polizei erlassen werde.

[2] Ähnlich auch WELP, JZ 1972, 423 (425), der nur den Richter für befugt hält, Anordnungen schwerwiegender Art, die individuelle Rechtssphäre des Einzelnen betreffend, zu erlassen, da nur dieser auf Grund seiner "unparteilichen Denkweise Gewähr dafür bietet, daß einseitigen Sachverhaltsvorstellungen mit Skepsis begegnet und entlastende Umstände angemessen substituiert werden"; WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 12 ff; DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 46 zu Art. 103 GG, leitet die Zulässigkeit solcher Überraschungsaktionen mit einem Erst-recht-Schluß aus Art. 104 GG her. Seien hiernach Freiheitsentziehungen ohne richterliche Anordnung und ohne ausreichendes Gehör ausnahmsweise zulässig, so müsse dies erst recht gelten bei entsprechenden richterlichen, die Freiheit beschränkenden Anordnungen und noch mehr, soweit die richterliche Anordnung lediglich auf das Vermögen gerichtet sei.

sind[1].

Eine solche, auf vorherige Anhörung verzichtende strafprozessuale Maßnahme ist daher nur gerechtfertigt nach gründlicher Abwägung der Interessen des Betroffenen mit denen des Staates. Daher muß es sich um schwerwiegende Interessen handeln[2], die eine solche Maßnahme unbedingt erforderlich erscheinen lassen.

Hingegen als für nicht zulässig wird unter der Geltung des Art. 103 Abs. 1 GG eine Entscheidung betrachtet, die ohne Gewährung weder vorherigen noch nachträglichen Gehörs ergangen ist[3]. Dieser Forderung hat auch der Gesetzgeber insoweit entsprochen, als er durch Art. 8 Nr. 2 StPÄG die §§ 33 a, 311 a StPO im Strafverfahrensrecht verankert hat.

2. Die Bedeutung des §§ 33 a StPO im geltenden Strafverfahrensrecht

§ 33 a StPO ist Ausfluß des in Art. 103 Abs. 1 GG niedergelegten Grundsatzes auf Gewährleistung

---

[1] von WINTERFELD, NJW 1961, 849 (852), der solche ohne vohrerige Anhörung durchgeführten Anordnungen nach dem Grundrechtsverständnis des Art. 103 Abs. 1 GG für Ausnahmen hält, die nicht verallgemeinert werden dürfen und in denen den hiervon Betroffenen zumindest in einem nachträglichen Anhörungsverfahren Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden muß, eine in einem Rechtsstaat unerläßliche Forderung; SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 76.

[2] BVerfGE 9, 89 (98); 18, 399 (404).

[3] Vgl. BVerfGE 9, 89 (107): Das Bundesverfassungsgericht verdeutlicht dies in der angegebenen Entscheidung dadurch, daß es das ausdrückliche Gebot aufstellt, dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben zu Gegenvorstellungen, die dann auch gerichtlicherseits zu bescheiden seien, eingedenk der Tatsache, daß die Strafprozeßordnung solche Gegenvorstellungen nicht ausdrücklich vorsehe.

rechtlichen Gehörs[1]. Zweck des § 33 a StPO soll es sein, sicherzustellen, eine unterlassene Anhörung vor Erlaß eines Beschlusses, der mit Rechtsmitteln nicht mehr angreifbar ist, in demselben Rechtszug in einem vereinfachten Verfahren nachzuholen[2]. Dabei wird der Versagung des rechtlichen Gehörs solch großes Gewicht beigemessen, daß es sogar dann nachgeholt werden muß, wenn der Beschluß unanfechtbar geworden ist[3]. Darüber hinaus ist § 33 a StPO auch deshalb durch das Strafprozeßänderungsgesetz eingeführt worden, um bei unterlassener Anhörung ein Verfassungsbeschwerdeverfahren überflüssig zu machen[4], also um das Bundesverfassungsgericht zu entlasten.

Wie aus dem Wortlaut des § 33 a StPO ersichtlich, besteht die Pflicht, ein nachträgliches Anhörungsverfahren durchzuführen, nur in den Fällen, in denen gegen die Entscheidung weder die Beschwerde

---

[1] BayVerfGH, Bay.Vw.Bl. 1977, 665.

[2] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 1 zu § 33 a StPO. Ob darüber hinaus die Verwerfung oder Zurückweisung eines Antrags auf Nachholung des rechtlichen Gehörs mit der Beschwerde angefochten werden kann, ob also in diesen Fällen ein neuer Instanzenzug eröffnet wird, ist umstritten. Für eine solche Beschwerdemöglichkeit haben sich ausgesprochen: KG, NJW 1966, 991; OLG Braunschweig, NJW 1971, 1710; MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 5 in Verbindung mit 4 a und 5 b zu § 33 a StPO. Dagegen haben eine solche Beschwerdemöglichkeit z.B. verneint: OLG Hamburg, NJW 1965, 2417; OLG Celle, MDR 1968, 940; OLG Hamburg, NJW 1972, 219; OLG Karlsruhe, GA 1974, 377 (378).

[3] BayObLG, GA 1971, 371 (372); GEPPERT, GA 1972, 165 (176); KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 zu § 33 a StPO.

[4] BVerfGE 19, 198 (200); 33, 192 (194); KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975, S. 81; PETERS, Der neue Strafprozeß, 1975, S. 45; HANACK, JR 1974, 113 (115).

noch sonst ein Rechtsbehelf gegeben ist[1].
§ 33 a StPO greift demnach hilfsweise ein und erlangt Bedeutung nur insofern, als feststeht, daß eine Beschwerdemöglichkeit von vornherein nicht vorgegeben ist[2].

Auf Grund dieser Ausführungen könnte die Entscheidung zugunsten eines nachträglichen, lediglich feststellenden Rechtsschutzes zumindest in Form eines Nachverfahrens gemäß § 33 a StPO bereits gefallen sein, da die Einlegung einer Beschwerde mit einem lediglich feststellenden Rechtsschutzziel nach herrschender Meinung von vornherein nicht in Frage kommt. Nach dem Wortlaut des § 33 a StPO ist ein solches Nachverfahren - bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen - jedoch nur dann zu eröffnen, "sofern der Nachteil noch besteht", der durch den ohne Gewährung vorherigen Gehörs vorgenommenen Eingriff im Sinne des § 33 Abs. 4 StPO zuvor entstanden ist. Aus dieser Formulierung schließt nun die vorherrschende Ansicht, daß, da der Begriff "Nachteil" in § 33 a StPO gleichbedeutend mit dem der Beschwer im Rechtsmittelverfahren sei, bei Wegfall des Nachteils das Verfahren unzulässig werde. Gleiches müsse auch Geltung beanspruchen, soweit der Nachteil infolge prozessualer Überholung nicht mehr beseitigt werden könne, da Ziel des § 33 a StPO lediglich die Beseitigung eines noch fortbestehenden prozessualen Nachteils sei[3]. Eine lediglich

---

[1] HANACK, JZ 1966, 43 (45).

[2] OLG Stuttgart, NJW 1974, 284; BayObLG, JR 1970, 391 (391); OLG Celle, NJW 1968, 1391 (1391); vgl. auch BGH, MDR 1975, 679 (680); MÜLLER-SAX (KMR), StPO Anm. 2 c zu § 33 a StPO; WENDISCH in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 11 zu § 33 a StPO.

[3] Vgl. OLG Celle, NJW 1973, 863; BayObLG, NJW 1973, 1140 (1141); WENIDSCH in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 15 - 17 zu § 33 a StPO.

feststellende nachträgliche Entscheidung sehe die Strafprozeßordnung - wie im Verfahren der Beschwerde nach §§ 304 ff StPO - auch für das Nachverfahren gemäß § 33 a StPO nicht vor[1].

AMELUNG dagegen sieht den Nachteil in § 33 a StPO auch nach Vollzug der Zwangsmaßnahme wegen der weiterbestehenden Diskriminierungswirkung dann noch als fortbestehend an, soweit eine materiellrechtliche Position, hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, beeinträchtigt sei[2]. So dürfe der "Nachteil" in § 33 a StPO nicht nur in seiner Auswirkung auf die Verfahrensstellung des Betroffenen bezogen werden. Denn sei dieser Begriff gleichzusetzen mit dem der Beschwer in §§ 304 ff StPO, so müsse er auch Beeinträchtigungen materieller Rechte umfassen[3]. Diese Folgerung ergebe sich aus § 305 S. 2 StPO, lasse sich doch aus dieser Bestimmung ableiten, daß das Gesetz auch Belastungen rein materieller Rechtspositionen als Beschwer ansehe[4]. Auf Grund dieser Bestimmung sei gegen bestimmte Grundrechtseingriffe die Beschwerde zulässig, weil diese Maßnahmen materiellrechtliche "Sofortwirkungen" entfalteten und mittels eines Rechtsmittels gegen das Urteil selbst nicht mehr anfechtbar seien[5]. Eine einseitig prozessuale

---

[1] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 7 zu § 33 a in Verbindung mit Rdnr. 6 zu § 304 und Rdnr. 17, 18 vor § 296 StPO.

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 57, 54; vgl. auch BFH, NJW 1977, 975, in Bezug auf Art. 13 GG.

[3] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 54.

[4] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingrigge, 1976, S. 19.

[5] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 18/19 und 54/55.

Betrachtungsweise liefe der Funktion der Gewährung rechtlichen Gehörs, also der Unrechtsabwehr[1], zuwider, gehe es doch bei der Nachholung des rechtlichen Gehörs um die Beseitigung der durch die strafprozessuale Untersuchungshandlung entstandenen und über den bloßen Vollzug hinaus fortbestehenden Diskriminierungswirkung[2].

Den Ausführungen AMELUNGs, auch Anordnungen von Richtern bedürften einer zusätzlich nachträglichen Kontrolle, muß nach den in dieser Untersuchung bereits vorliegenden Ergebnissen widersprochen werden. Das Erfordernis einer solchen Überprüfung ergibt sich nicht aus der Strafprozeßordnung. Wie bereits dargelegt, sieht das Strafverfahrensrecht eine nachträgliche, lediglich feststellende Entscheidung nicht vor. Das Verfahren gemäß § 33 a StPO macht von diesem Grundsatz keine Ausnahme. Die Formulierung in § 33 a StPO, "sofern der Nachteil noch besteht", deutet eher darauf hin, daß die Strafprozeßordnung auch weiterhin von einem solchen Nachteil ausgeht, der noch rückgängig zu machen, zumindest aber aufhebbar ist. Hätten die mit einer strafprozessualen Maßnahme einhergehenden Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in jedem Fall von § 33 a StPO mit umfaßt werden sollen, so hätte der Gesetzgeber mit Neuschaffung des § 33 a StPO ein Verfahren zur Verfügung stellen müssen, das wie § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG Rechtsschutz ausdrücklich auf bereits erledigte Maßnahmen erstreckt.

---

[1] BAUR, AcP 153 (1954), 393 (402).

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 56/57.

II. Möglichkeit der Gewährleistung gleichwertigen Rechtsschutzes in anderen Verfahrensarten

Konsequenz dieser Auffassung ist jedoch die Verweigerung vorherigen wie nachträglichen Gehörs. Das rechtliche Gehör würde somit für die typischerweise kurzfristig erledigten strafprozessualen Untersuchungshandlungen praktisch abgeschafft[1]. Gleichzeitig entfiele jegliche Kontrolle dieser richterlich angeordneten Eingriffe im Instanzenzuge[2]. Diese Tatsachen stehen im Widerspruch zu der oben bereits getroffenen Feststellung, daß Art. 103 Abs. 1 GG zumindest nach Erlaß einer sofort vollzogenen Anordnung in einem Nachverfahren Geltung beanspruche[3].

Dieses Ergebnis kann deshalb nur insoweit Bestand haben, als der Betroffene von vornherein einen anderen, gleichwertigen Ersatzrechtsschutzweg beschreiten könnte, der das Rechtsschutzziel einer lediglich nachträglichen Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer erledigten Anordnung beinhaltete und zuließe.

1. Überprüfung der Maßnahme im Revisionsverfahren

Es könnte die Möglichkeit bestehen, die vom Betroffenen gerügte und gegen ihn gerichtete Anordnung einer (zum Zeitpunkt der Rüge erledigten) strafprozessualen Zwangsmaßnahme - soweit überhaupt zulässig - durch ein Gericht im Wege der Revision ge-

---

[1] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117.

[2] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 15.

[3] Vgl. oben S. 130 ff.

wissermaßen mitüberprüfen zu lassen[1].

a) Revisionsmäßige Überprüfung der in § 305 S. 2 StPO aufgeführten strafprozessualen Untersuchungshandlungen

Von Gesetzes wegen ausgeschlossen sind jedoch bereits die Anordnungen, denen eine selbständige prozessuale Bedeutung zukommt[2]. Hiermit sind alle Maßnahmen angesprochen, die das erkennende Gericht[3] veranlaßt und die gemäß § 305 S. 2 StPO - entgegen dem in § 305 S. 1 StPO festgelegten Grundsatz - von dem Betroffenen oder einem Dritten mit der Beschwerde angefochten werden können, weil sie in der abschließenden Entscheidung - unabhängig von dem Problem ihrer Erledigung - nicht nochmals der Prüfung des Gerichts unterliegen.[4] Dies wird mit dem fehlenden inneren Sachzusammenhang dieser Entscheidung mit dem abschließenden Urteil be-

---

[1] Auf die Möglichkeit der Einlegung der Berufung wird im folgenden nicht einzugehen sein, da es sich bei Fragen der Zulässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der angeordneten Maßnahme allein um die (mögliche) Verletzung von formellem bzw. materiellem Recht handelt, die solchermaßen rechtliche Prüfung aber im Berufungs- wie im Revisionsverfahren dieselbe ist.

[2] OLG Celle, NJW 1971, 256 (257).

[3] Erkennendes Gericht im Sinne des § 305 S. 1 StPO ist dasjenige, vor dem das Hauptverfahren eröffnet ist (vgl. MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 1 zu § 305 StPO).

[4] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 4 zu § 305 StPO.

gründet[1].

Folglich kann der Betroffene insoweit auch nicht durch das Urteil beschwert sein, so daß eine Nachprüfung durch ein Rechtsmittelgericht von vornherein ausscheidet.

b) Revisionsrechtliche Kontrolle der in § 305 S. 2 StPO nicht aufgeführten strafprozessualen Untersuchungshandlungen

Es verbleiben demnach für eine revisionsrechtliche Prüfung noch diejenigen Zwangsmaßnahmen, die nicht im Katalog des § 304 S. 2 StPO aufgeführt sind und der Rechtsmittelbeschränkung des § 305 S. 1 StPO deshalb unterfallen, weil die hiernach ergehenden Entscheidungen des erkennenden Gerichts in einem inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung stehen, zu dessen Vorbereitung ergehen und vor Erlaß des Urteils nochmals der Prüfung des Gerichts unterliegen. Beschwerdegründe des Betroffenen aus den ergangenen Vorentscheidungen könnten dann mit der Anfechtung des Urteils selbst geltend gemacht und der Nachprüfung des Rechtsmittelgerichts unterstellt werden[2].

---

[1] Vgl. insbesondere die Ausführungen des BayObLGSt 1956, 180 (183/184); siehe auch LG Bremen, NJW 1969, 208; vgl. in diesem Zusammenhang auch bereits STENGLEIN, Das Rechtsmittel der Beschwerde im heutigen deutschen Strafprozeß, 1908, S. 164, der darauf hinweist, daß die an sich zulässige Beschwerde grundsätzlich nicht in dem Rechtsmittel der Revision aufgehe, weil diese Entscheidungen des Gerichts in keinem näheren Zusammenhang mit dem erlassenen Urteil selbst stehen und deshalb auch nicht mehr - wie die Entscheidungen im Sinne des § 305 S. 1 StPO - bei Erlaß des Urteils der Prüfung durch das Gericht selbst unterfallen, so daß auch bei Anfechtung des Urteils mit einem Rechtsmittel die Einzelmaßnahme im Sinne des § 305 S. 2 StPO nicht mehr anfechtbar ist (Vgl. insoweit auch HAHN, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. 1885, S. 247).

[2] BayObLG, NJW 1957, 272 (273); OLG Celle, NJW 1971, 256 (257).

Wird der Anwendungsbereich des § 305 S. 2 StPO erstreckt auf Anordnungen, die zum Beispiel auf eine körperliche Untersuchung oder eine Haussuchung abzielen, so kämen strafprozessuale Untersuchungshandlungen für § 305 S. 1 StPO kaum noch in Betracht. Anordnungen auf Erlaß strafprozessualer Zwangsmaßnahmen durch das erkennende Gericht wären danach einer revisionsrechtlichen Nachprüfung offenbar gänzlich entzogen.

Ein gegenteiliges Ergebnis würde aber möglicherweise erzielt, wenn man der Rechtsprechung eines Großteils der Oberlandesgerichte folgte[1]. Bei dieser Annahme unterfielen die nicht in § 305 S. 2 StPO aufgeführten Untersuchungshandlungen dem § 305 S. 1 StPO.

Eine revisionsrechtliche Prüfung scheidet jedoch aus bei Entscheidungen des erkennenden Gerichts gegenüber Dritten[2], da diese - abgesehen von der Beschwerdemöglichkeit gemäß den §§ 304, 305 S. 2 StPO, die aber nach herrschender Meinung wegen Erledigung der Maßnahme gar nicht erst statthaft sein soll - Anordnungen des Gerichts mit Rechtsmitteln gegen das Urteil selbst nicht

---

[1] OLG Braunschweig, GA 1965, 345; OLG Hamm, NJW 1959, 447 (448); OLG Frankfurt, NJW 1957, 839.

[2] Zu diesen Personenkreisen zählen Zeugen, Sachverständige und alle anderen Personen, auf deren Rechte durch Anordnungen des erkennenden Gerichts eingewirkt werden kann, z.B. Entscheidungen gemäß den §§ 70, 81 c, 103 StPO, §§ 177, 178 GVG (vgl. GOLLWITZER in Löwe-Rosenberg, StPO, Rdnr. 4 zu § 304 StPO, denn "dritte" Person in § 305 S. 2 StPO und "andere" Person in § 304 S. 2 StPO sind identische Begriffe; vgl. hierzu die Aufsätze von KRÄMER, BB 1975, 1225 ff und WALDOWSKI, Anw.Bl. 1975, 105 (insbesondere S. 106)).

mehr überprüfen lassen können[1], zumal sich aus dem Urteilstenor gegenüber dem Angeklagen eine Beschwer des Dritten in der Regel nicht ergibt[2].

In Bezug auf den Angeklagten erlangt das für den Dritten Angeführte Bedeutung, soweit das Verfahren mit einem Freispruch oder in einer vorzeitigen, aus verfahrensrechtlichen Gründen erfolgten Einstellung des Verfahrens endet. Denn in beiden Fällen ermangelt es an einer Beschwer[3]. So kann sich nach herrschender Meinung die Beschwer nur aus dem Tenor, nicht jedoch allein aus dem Inhalt der Entscheidungsgründe ergeben[4]. Durch ein freisprechendes Urteil sei der Angeklagte nicht beschwert[5]. Denn das

---

[1] HENKEL, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 369 (Fn. 4); BLOMEYER, JR 1971, 142 (145); anders verhält es sich im Falle des § 305 S. 1 StPO bei Entscheidungen des erkennenden Gerichts oder bei Verfügungen des Vorsitzenden des erkennenden Gerichts, denn diese Entscheidungen stehen im inneren Zusammenhang mit dem nachfolgenden Urteil und werden bei dessen Erlaß nochmals überprüft und können deshalb nur mit dem Rechtsmittel gegen das Urteil selbst und nicht selbständig angefochten werden (vgl. hierzu OLG Stuttgart, NJW 2976, 1647 (1648)).

[2] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Vorb. § 296 StPO, Anm. 3 a, b.

[3] KLEINKNECHT, StPO vor § 296 StPO, Rdnr. 15, 12.

[4] BGHSt 7, 153; 16, 374 (376 - 380); OLG Düsseldorf, NJW 1960, 1404 (1405); EB.SCHMIDT, JZ 1958, 375; diese Ansicht erfährt starke Kritik von SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 129 ff.

[5] BGHSt 7, 153 f; BGHSt 16, 374 (376 f) = BGH, NJW 1962, 404 f; BGH bei Dallinger, MDR 1966, 196 (200, unter § 296); OLG Düsseldorf NJW 1960, 1404 (1406) mit ablehnender Anmerkung von LAUSCHE, NJW 1960, 1404 (insbesondere 1405), der sich - in Übereinstimmung mit OLG Stuttgart, NJW 1959, 1840 (1841) - mit m.E. überzeugenden Argumenten gegen die herrschende Meinung stellt; von LÖBBECKE, Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, Diss., 1972, S. 98; vgl. auch ausführlich hierzu PLÖTTNER, Die Beschwer des Angeklagten im Rechtsmittelverfahren, Diss., 1973, S. 110 ff.

Ziel des Strafverfahrens sei nicht die Rehabilitierung des Angeklagten, sondern lediglich die Prüfung seiner Schuld[1].

Die Beschwer des Angeklagten bei Erlaß eines Einstellungsurteils sei zu verneinen, weil die Gerichte bei Entscheidungsreife verpflichtet seien, das Verfahren einzustellen, § 260 Abs. 3 StPO, und der Beschuldigte im übrigen keinen Anspruch auf Fortsetzung des Verfahrens über die Entscheidungsreife hinaus habe[2].

Aber auch bei Verfahren, die mit einem Schuldspruch für den Angeklagten ihren Abschluß finden, wird eine Revision, § 337 StPO, wegen Verletzung einer Verfahrensnorm und einhergehend hiermit wegen Nichtgewährung rechtlichen Gehörs[3] nur dann Erfolg haben, wenn auf entsprechende Rüge des Verletzten hin das Gericht zu der Überzeugung gelangte, daß die Nichtbeachtung eines Beweisverfahrensgebotes ein Beweisverwertungsverbot nach sich zöge. Nur bei dieser Annahme stände dem Betroffenen eine Anfechtungsmöglichkeit zu, die als Ersatz für eine feststellende Beschwerdeentscheidung dienen könnte.

Die Rechtsprechung hält eine Verfahrensnorm grund-

---

[1] BGHSt 16, 374 (378/379).

[2] Es sei denn, das Gericht hätte auf Grund der Verfahrenslage ohne weiteres auf Freispruch erkennen können, da im Unterlassen eines Freispruchs eine Beschwer gesehen wird (vgl. BGH, GA 1959, 17 (18) und OLG Stuttgart in NJW 1963, 1417; vgl. eingehend zu obiger Problematik verfahrenseinstellender Gerichtsentscheidungen von LÖBBECKE, Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, Diss., 1972, S. 99 ff).

[3] Vgl. SEIDEL, Das Recht des Beschuldigten auf rechtliches Gehör im Strafprozeß, Diss., 1963, S. 23; RÖHL, NJW 1958, 1268 (1269).

sätzlich nur dann für revisibel, wenn es im wesentlichen die Aufgabe der verletzten Norm sei, den "Rechtskreis"[1] des Betroffenen zu schützen[2]. Eine Verfahrensnorm dürfe deshalb nicht von vornherein lediglich als reine Ordnungsvorschrift begriffen werden[3], da andernfalls - also auch bei Vorliegen der erstgenannten Voraussetzungen -

---

[1] BGHSt 1, 39 (40); 11, 213 (214, 215); die sogenannte "Rechtskreistheorie" ist vom Bundesgerichtshof entwickelt worden und befaßt sich mit der Frage, inwieweit die Verletzung von Beweiserhebungsverboten die Revisibilität begründen kann. Der Bundesgerichtshof will letztere davon abhängig machen, ob "die Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder von keiner Bedeutung ist. Bei dieser Untersuchung sind vor allem der Rechtsfertigungsgrund der Bestimmung und die Frage, in wessen Interesse sie geschaffen ist, zu berücksichtigen" (vgl. hierzu die grundlegende Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen in BGHSt 11, 213 (215)). Kritik hat die "Rechtskreistheorie" insbesondere erfahren von EB. SCHMIDT, JZ 1958, 596 ff, der sich in diesem Aufsatz mit der Entscheidung BGHSt 11, 213 ff befaßt; vgl. auch MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Vorb. § 48 StPO, Anm. 2 a; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537 (1539); KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975, S. 278.

[2] Vgl. BGH, NJW 1952, 151 (152); vgl. aber auch die Entscheidung BGHSt 24, 125 zu § 81 a StPO, in der der Bundesgerichtshof den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Beantwortung der Frage heranzieht, ob die nichtärztlich gewonnene Blutprobe als Beweismittel verwertet werden darf; stelle sich der Verfahrensfehler als - insgesamt betrachtet - nicht so schwerwiegend heraus, so müsse das Interesse des Einzelnen auf gesetzesgerechte Beweisgewinnung zurücktreten hinter dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung des durch Alkoholgenuß veranlaßten Geschehens (BGH a.a.O. S. 130).

[3] BGHSt 6, 326 (328); 11, 213 (214); vgl. auch bereits die Rechtsprechung des RGSt 40, 157 (158); 42, 168 (169/170); 56, 66 (67); 64, 133 (133, 134).

- Irrevisibilität angenommen werden müsse[1]. Vielmehr sei bei jeder Verfahrensnorm auch ausschlaggebend deren Zweck und "die Auswirkungen eines Verstoßes gegen diese Bestimmungen auf die Rechtsstellung des Angeklagten"[2].

In der Literatur wird vereinzelt die Revisibilität von Verfahrensnormen dann bejaht, soweit ihr Zweck sich nicht lediglich darin erschöpfe, die Bedingungen über die Eingriffsmöglichkeit in Rechtsgüter Dritter möglichst präzise festzulegen, also nicht ausschließlich anordnenden, formalen Charakters sei, sondern darüber hinaus gewährleisten solle, der Förderung der Wahrheitsfindung zu dienen. So werde z.B. im Falle des § 81 a Abs. 1 S. 2 StPO die Qualität des Untersuchungsergebnisses dadurch erhöht, daß ein approbierter Arzt die Blutprobe entnommen habe[3]. Werde diese Zwangsmaßnahme von einer hierzu nicht befugten Person durchgeführt, so sei ein

---

[1] Siehe BGH, GA 1962, 148; BGH, NJW 1966, 1718 (1719) mit Verweis auf BGH, GA 1962, 148 und mit Besprechung des Urteils von SCHMIDT-LEICHNER, NJW 1966, 1718 ff. Das Reichsgericht hat eine Erklärung hierfür darin gefunden, als es anführt, die Ordnungsvorschriften seien erlassen worden, "weil der Gesetzgeber dem Umstand Bedeutung beimißt, daß ihnen entsprochen wird. Deshalb ist zu erwarten, daß der Richter sie als Regel beachtet und sich nicht ohne Grund über sie hinwegsetzt. Aber wenn er von der durch sie eingeräumten Befugnis zur Abweichung von der Regel Gebrauch macht, verletzt er nicht das Gesetz" (so RGSt 42, 168 (169)).

[2] BGH, MDR 1974, 765 (766) im Anschluß an HANACK, JZ 1971, 168 (169); so bereits vorher MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 1 e zu § 337 StPO und BALDUS, Versäumte Gelegenheiten; zur Auslegung des § 338 Nr. 8 und des § 267 Abs. I Satz 2 StPO, in: Ehrengabe für Bruno Heusinger, 1968, S. 373 ff (388); vgl. auch die Anmerkung von DENCKER, MDR 1975, 359 f (insbesondere S. 360) zum Beschluß des Bundesgerichtshofes, veröffentlicht in MDR 1974, 765 f.

[3] Vgl. EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461 (464); BLOMEYER, JR 1971, 142 (147).

solcherart erlangtes Beweismittel generell nicht verläßlich, Revisibilität müsse folglich bejaht werden[1].

Der weitaus überwiegende Teil des Schrifttums hält indes solche Zwangsmaßnahmen für nicht revisibel.

So wird eine Überprüfung solcher Verfahrensnormen großenteils ausgeschlossen mit der Begründung, das Urteil basiere letztlich nur auf dem in der Hauptverhandlung Vorgebrachten[2], §§ 261, 264 Abs. 1 StPO, und nicht auf dem Verfahrensverstoß, solange dieser nicht noch in die Hauptverhandlung hineinwirke[3]. Denn der Eröffnungsbeschluß, § 210 Abs. 1 StPO, sei alleinige Grundlage des weiteren Verfahrens, stelle also gewissermaßen eine Zäsur dar[4].

Andere sehen in strafprozessualen Untersuchungshandlungen lediglich Beweisregelungen, deren Zweck die Ermöglichung und Sicherung des Beweisverfahrens sei und deren Verletzung sanktionslos bleibe[5], oder verweisen auf den Doppelcharakter einzelner Prozeßhandlungen, denen gleichzeitig prozessuale und materiellrechtliche Funktion zukomme, denen aber revisionsrechtlich keine Bedeutung zustände, da der Verstoß nur im materiellrechtlichen Bereich Folgewirkungen zeige, er aber nicht geeignet sei, ein "entsprechendes prozessuales Unwertur-

---

[1] EB.SCHMIDT, MDR 1970, 461 (464); MÜLLER-Sax (KMR), StPO, Anm. 11 zu § 81 a StPO m.w.N.

[2] Vgl. SCHÖNEBORN, GA 1975, 33 (38); DAHS-DAHS, Die Revision im Strafprozeß, 1972, Rdnr. 25, 168 ff.

[3] Vgl. MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1973, Anm. 2 b zu § 336 StPO; vgl. auch BGHSt 15, 40 (44/45); 6, 326 (328); BGH, MDR 1952, 564 (565); RGSt 44, 380 (383); 55, 225 (226); OLG Hamm, NJW 1972, 1096.

[4] SCHÖNEBORN, GA 1975, 33 (39).

[5] PETERS, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, S. 255 in Bezug auf §§ 81, 81 a, 81 c, 98, 99, 100, 102 StPO.

teil"[1] auszulösen.

Abgestellt wird auch auf das durch die unzulässige Untersuchungshandlung gewonnene Beweismittel. Nur wenn das Urteil unter Verletzung eines Verwertungsverbotes zustande gekommen sei, sei eine erfolgreiche Revision möglich[2]. Denn bei Verwertbarkeit des unzulässig erlangten Beweismittels werde der Betroffene ja zum einen nicht ungerecht verurteilt, zum anderen könnte auch eine Aufhebung des Urteils die unzulässige Untersuchungshandlung nicht mehr ungeschehen machen[3].

Bezüglich der in dieser Untersuchung behandelten strafprozessualen Untersuchungshandlungen[4] wird man - in Übereinstimmung mit Rechtsprechung und vorherrschender Lehre in der Literatur - zur Irrevisibilität dieser Verfahrensnormen auch des-

---

[1] NIESE, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 136 in Bezug auf Festnahme, Verhaftung, Vorführung, S. 138 hinsichtlich Durchsuchung, Herausgabezwang, Beschlagnahme und körperliche Untersuchung.

[2] PETRY, Beweisverbote im Strafprozeß, 1971, S. 29/30.

[3] PETRY, Beweisverbote im Strafprozeß, 1971, S. 136 - 138; vgl. auch SCHÖNEBORN, GA 1975, 33 ff, der zwar alle strafprozessualen Verfahrensnormen für zwingend und grundsätzlich revisibel hält (SCHÖNEBORN, a.a.O. S. 37), gleichwohl aber die Verfahrensverstöße im Vorverfahren für nicht revisibel ansieht, soweit das Rechtsgut bereits durch die unzulässige Zwangsmaßnahme endgültig verletzt worden sei und auch die Verwertung des so erlangten Beweismittels nicht mehr geeignet sei, diese Schädigung noch zu vertiefen (SCHÖNEBORN, a.a.O., S. 40); vgl. auch KLEINKNECHT, NJW 1964, 2181 (2184 - 2186).

[4] In Betracht kommen also etwa §§ 81 Abs. 2, 81 a Abs. 2, 98 Abs. 1, 100 b Abs. 1, 105 Abs. 1 StPO.

halb kommen müssen, weil die Anordnungen in der Regel bereits vollzogen, d.h. materiell beendet und prozessual erledigt sein werden, bevor das Gericht sie einer nochmaligen Überprüfung vor dem abschließenden Urteil unterziehen könnte. Haben darüber hinaus etwa die Anordnungen der Beschlagnahme, § 98 Abs. 1 StPO, oder der Überwachung des Fernmeldeverkehrs, § 100 b Abs. 1 StPO, zu keinem für die Urteilsfällung verwertbaren Ergebnis geführt, so kann die Nichtbeachtung der diesen Eingriff zulassenden Verfahrensnorm auch kein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen, das geeignet wäre, das Urteil als ungerecht anzufechten.

Folglich kann von einem Ersatz-Rechtsschutz des Angeklagten in einem revisionsrechtlichen Verfahren, die hier zu untersuchenden Maßnahmen betreffend, nicht ausgegangen werden.

c) Ergebnis

Eine Überprüfung einer strafprozessualen Untersuchungshandlung im Wege der Revision scheidet aus.

2. Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG

a) Anwendungsbereich der §§ 23 ff EGGVG

Dieser Rechtsweg bietet sich deshalb an, weil gemäß § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG die Feststellung der Rechtswidrigkeit erledigter Maßnahmen ausdrücklich als für zulässig erachtet wird.

Nach ganz herrschender Meinung sind aber Akte der Rechtsprechung nicht im Rechtswege der

§§ 23 ff EGGVG nachprüfbar[1]. Als zu den Akten der Rechtsprechung zugehörig wird all diejenige Tätigkeit verstanden, die von Richtern unter richterlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird[2]; einbezogen werden auch alle die Akte, die die sogenannte justizförmige Verwaltungstätigkeit betreffen[3]. Entscheidend ist auch für den letzteren Fall, daß die "Entscheidung eines sachlich und persönlich unabhängigen, im voraus bestimmten Richters"[4] vorliegt[5].

Zwar handelt es sich hierbei nicht um Rechtsprechung im eigentlichen Sinne, deren Wesensmerkmal sich aus der abschließenden rechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes ergibt. Jedoch sind auch gewisse Anordnungen zur einstweiligen Sicherung öffentlicher Rechte herkömmlicherweise Richtern deshalb übertragen, weil sie auf Grund ihrer richterlichen Unabhängigkeit die größtmögliche Gewähr dafür bieten, die Interessen des von dem Eingriff

---

[1] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 15; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 2 a zu § 23 EGGVG; KLEINKNECHT, StPO, Anm. 17 zu § 23 EGGVG; ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (107) und DRiZ 1964, 297.

[2] SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 2 a zu § 23 EGGVG.

[3] OLG Hamm, NJW 1968, 169; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 2 a zu § 23 EGGVG in Verbindung mit Vorbemerkungen zu §§ 23 - 30 EGGVG, Anm. 1.

[4] KALSBACH, Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1967, S. 15.

[5] Vgl. auch BVerwGE 5, 69 (72); DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 17 zu Art. 19 Abs. 4 GG; TIETGEN, NJW 1956, 1129 (1133); vgl. auch WESSELS, Zur Vollstreckung von Ordnungsstrafen in Strafsachen, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 587 ff (591/592 und insbesondere mit weiteren Nachweisen Fn. 18 auf S. 591); zum formellen und materiellen Rechtsprechungsbegriff vgl. KÖHLING, Rechtsprechende und verwaltende Funktionen des Strafrichters, Diss. 1969, S. 32 ff.

Überraschten hinreichend zu vertreten[1]. Da somit eine richterliche Amtshandlung[2], also ein Akt der Rechtsprechung im formellen Sinne[3], vorliegt, scheidet die gleichzeitige Annahme eines Justizverwaltungsaktes aus.

b) Ergebnis

Der Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG scheidet also bereits deshalb aus, weil die Entscheidungen des Richters über die Anordnung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen als solche zu qualifizieren sind, die er in richterlicher Unabhängigkeit erläßt.

3. Das Verfassungsbeschwerdeverfahren

Als Ersatz für eine feststellende Entscheidung im Rahmen der Strafprozeßordnung könnte das Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht in Betracht kommen.

Gemäß § 90 BVerfGG kann jedermann bei Grundrechtsverletzungen durch Gerichte das Bundesverfassungsgericht um Rechtsschutz anrufen[4].

a) Anwendungsbereich

Obwohl im Bundesverfassungsgerichtsgesetz der Begriff der Erledigung der Hauptsache gar nicht aufgeführt ist[5], hält das Bundesverfassungsge-

---

[1] BVerfGE 9, 89 (96/97).

[2] BVerwG, JZ 1975, 523 (524).

[3] WELP, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, 1976, S. 15.

[4] BVerfGE 4, 27 (30); vgl. auch MAUNZ-SIGLOCH-SCHMIDT/BLEIBTREU-KLEIN, BVerfGG, 1972, Rdnr. 21 - 23 zu § 90 BVerfGG; dabei kann "jedermann" sein jede natürliche Person und zwar ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit.

[5] ZUCK, ZZP 78 (1965), 323 ff (324).

richt grundsätzlich eine lediglich feststellende Entscheidung über die Grundrechtswidrigkeit auch dann noch für zulässig, soweit die vom Beschwerdeführer angegriffene Maßnahme bereits durch hierauf folgende andere Maßnahmen "überholt"[1,2], die einstmalige tatsächliche Beeinträchtigung also aus Gründen weggefallen ist, die in den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers begründet liegen[3] oder während des anhängigen Verfahrens das vom Beschwerdeführer gerügte Gesetz so abgeändert

---

[1] Vgl. BVerfGE 9, 89 (92f); 15, 226 (230); 16, 119 (121); 21, 139 (143); 21, 378 (383); 22, 49 (71); 22, 106 (118); 23, 208 (223); 32, 87 (92); BVerfG, JZ 1976, 532 (533).

[2] Die Mehrzahl der sachlichen Erledigung der Verfassungsbeschwerde betrifft die Fälle, in denen die angegriffene hoheitliche Maßnahme durch andere Maßnahmen nach herkömmlichem Rechtsverständnis eigentlich prozessual überholt sein müßte.
Zwar war der Beschwerdeführer in dem Falle, der der Entscheidung BVerfGE 9, 89 ff zugrunde lag, zur Zeit der Entscheidung über die von ihm eingelegte Verfassungsbeschwerde bereits wieder aus der Untersuchungshaft entlassen, nachdem vorher der Haftbefehl durch das Amtsgericht aufgehoben worden war. Gleichwohl sah das Bundesverfassungsgericht trotz der bereits erfolgten rechtskräftigen Verurteilung eine prozessuale Überholung nicht für gegeben an, weil sich die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Grundrechtsverletzung im Urteil selbst nicht wiederholt habe und der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Haftbefehls wegen der Bedeutung des Schutzes der persönlichen Freiheit durch das Grundgesetz eigenständige Bedeutung zukomme (a.a.O. S. 93/94). Insoweit besteht Übereinstimmung mit der staatsrechtlichen Beschwerde im schweizerischen Recht (vgl. hierzu eingehend MEYER, Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozeß, 1962, S. 305 ff).

[3] Vgl. BVerfGE 10, 302 (308); hier hatte der zur Zeit der Entscheidung über die Verfasungsbeschwerde bereits wieder aus der geschlossenen Heil- und Pflegeanstalt entlassene Beschwerdeführer dargelegt, er sei unzulässigerweise ohne richterliche Entscheidung durch seinen Vormund in diese Anstalt eingewiesen worden; vgl. auch BVerfGE 21, 378 (383).

worden ist, daß die gerügte Grundrechtsverletzung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde entfallen ist[1,2]. Zur Bedingung solcher lediglich feststellenden Entscheidungen hat aber das Bundesverfassungsgericht jeweils das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses gemacht[3,4].

Das trotz Erledigung des mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Begehrens des Beschwerdeführers fortbestehende Rechtsschutzbedürfnis ist aber nur unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen, die vom Bundesverfassungsgericht selbst herausgearbeitet worden sind[5].

Das Bundesverfassungsgericht hat drei Fallgruppen gebildet, von denen jede für sich geeignet ist, das Rechtsschutzbedürfnis weiterhin zu bejahen.

---

[1] Vgl. BVerfGE 2, 227 (238).

[2] Die Erledigung durch den Tod des Beschwerdeführers soll nicht gesondert abgehandelt werden, vgl. hierzu die umfangreichen Ausführungen von ZUCK, DÖV 1965, 835 f, und MAUNZ/SIGLOCH/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, BVerfGG, 1972, Rdnr. 45, 46 zu § 90 BVerfGG.

[3] Vgl. etwa BVerfGE 8, 89 (92/93); 33, 247 (253); 35, 1 (4).

[4] Das Bundesverfassungsgericht gebraucht den Ausdruck "Rechtsschutzbedürfnis" wohl im gleichen Sinne wie den der "Beschwer"; hierzu: BVerfGE 8, 222 (224), wo es wörtlich ausführt: "All dies stellt aber keine Beschwer im Rechtssinne dar, wie sie § 90 Abs. 1 BVerfGG für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde voraussetzt"; vgl. auch BVerfGE 22, 49 (71); 11, 336 (338); der Bundesgerichtshof versteht unter den Begriffen "Beschwer" und "Rechtsschutzinteresse" Verschiedenes, vgl. hierzu BGH LM (11) zu § 511 ZPO; vgl. hierzu auch SCHNEIDER, ZZP 79 (1966), 1, (45) und die kritische Darstellung bei ZUCK, ZZP 78 (1965), 323 (331 f); vgl. auch zum Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses HARTEL, Absolute Beschwerdegründe im Prozeß der Verfassungsbeschwerde, Diss., 1970, S. 104 ff m.w.N.

[5] Vgl. BVerfGE 33, 247 (257/258).

So soll das Rechtsschutzbedürfnis fortbestehen, wenn andernfalls eine verfassungsrechtliche Frage von grundsätzlicher Bedeutung nicht geklärt würde und der "gerügte Eingriff ein besonders bedeutsames Grundrecht betraf"[1].

Gleiches habe zu gelten bei der Besorgnis einer Wiederholung der angegriffenen Maßnahme[2] bzw. drittens dann, falls "die aufgehobene oder gegenstandslos gewordene Maßnahme den Beschwerdeführer noch weiterhin beeinträchtige"[3,4].

Zusammenfassend läßt sich ein solches Rechtsschutzbedürfnis nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts immer dann bejahen, wenn strafprozessuale Grundrechte durch Maßnahmen im Strafprozeß verletzt worden sein könnten, also insbesondere solche, die dem Schutz der persönlichen Freiheit des Betroffenen dienen[5].

b) Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Verfassungsbeschwerde

Wird der Anwendungsbereich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde schon durch das Erforder-

---

[1] Vgl. BVerfGE 33, 247 (257) mit Verweisen auf BVerfGE 9, 89)93 f); 10, 302 (308); 15, 226 (230); 25, 256 (262).

[2] BVerfGE 33, 247 (257) unter Bezugnahme auf BVerfGE 10, 302 (308); 16, 119 (121 f); 21, 139 (143).

[3] BVerfGE 33, 247 (257/258); vgl. auch BVerfGE 15, 226 (230); 21, 378 (383).

[4] In BVerfGE 38, 26 (28/29) hält das Bundesverfassungsgericht ein Rechtsschutzbedürfnis trotz Erledigung des mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Begehrens nur dann für zulässig, wenn dies "dem besonderen Charakter des Verfassungsbeschwerdeverfahrens unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entnommen werden" könne.

[5] Vgl. MÜLLER-PIEROTH-ROTTMANN, Strafverfolung und Rundfunkfreiheit, 1973, S. 29; kritisch hierzu BETHGE, AöR 100 (1975), S. 249 (250); vgl. auch SPANNER, Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, S. 374 ff (377 ff).

nis des Rechtschutzbedürfnisses eingegrenzt, so ergeben sich aus anderen Gesichtspunkten noch größere Einschränkungen, die erhebliche Zweifel vor allem an der Effizienz des Verfassungsbeschwerdeverfahrens aufkommen lassen.

So ist in diesem Zusammenhang vor allem § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erwähnenswert, der die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges zur Voraussetzung der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde macht, soweit gegen die geltend gemachte Grundrechtsverletzung der Rechtsweg als solcher zulässig ist[1].

Zweck dieser Bestimmung ist es, das Bundesverfassungsgericht zu entlasten und "für seine eigentlichen Aufgaben des Verfassungsschutzes freizumachen"[2].

Den Rechtsweg sieht das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich erst dann als erschöpft an, soweit der von einer hoheitlichen Maßnahme Betroffene zuvor diese Grundrechtsverletzung in dem "unmittelbar zusammenhängenden sachnächsten Verfahren geltend gemacht"[3] hat. Der Betroffene muß also vor Inanspruch-

---

[1] MAUNZ/SIGLOCH/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, BVerfGG, 1972, Rdnr. 193 zu § 90 BVerfGG; WINTRICH-LECHNER, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, 2. Aufl. 1972, S. 643 ff (681 f); vgl. neuerdings auch die Zusammenstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG bei KORNBLUM, NJW 1976, 325 f.

[2] BVerfGE 4, 193 (198); zudem sollen die Instanzgerichte durch ihre (vorherige) eigenständige Prüfung dem Bundesverfassungsgericht ihre Sachaufklärung (BVerfGE 8, 222 (227)) und Rechtsauffassung (BVerfGE 9, 3 (7)) kundtun.

[3] BVerfGE 31, 364 (368); das Bundesverfassungsgericht hält dies für eine zwingende Folgerung aus dem allgemeinen Prinzip der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.

nahme des Verfassungsbeschwerdeverfahrens die jeweils gegebenen Rechtsbehelfe der verschiedenen Verfahrensordnungen[1] ausschöpfen.

In § 90 Abs. 2 BVerfGG kommt zum Ausdruck, daß die Verfassungsbeschwerde ein außerordentlicher Rechtsbehelf ist[2], der nur subsidiär Geltung erlangt[2,3].

Außerdem ist das Bundesverfassungsgericht nicht verpflichtet, bei Vorliegen dieser Voraussetzungen unter Übergehung des Rechtsmittelweges eine solche sofortige Entscheidung zu treffen, da § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG lediglich eine "Kann" - Bestimmung ist. Zudem greift diese Durchbrechung

---

[1] BVerfGE 31, 364 (368); der Rechtsweg ist auch dann nicht erschöpft, soweit er aus Unkenntnis nicht beschritten, die Entscheidung mangels rechtzeitiger Einlegung eines Rechtsmittels Rechtskraft erlangt hat (vgl. BVerfGE 1, 12 (13)) oder ein an sich zulässiges und bereits eingelegtes Rechtsmittel vom Beschwerdeführer zurückgenommen worden ist, da dieser sich hiermit selbst den Rechtsweg verschlossen habe (BVerfGE 2, 123 (124)).

[2] Vgl. etwa BVerfGE 1, 332 (344); 2, 287 (291); 5, 9 (10); 8, 222 (225); 9, 3 (7); 10, 274 (281); 38, 26 (29); BVerfG, NJW 1976, 1837; vgl. auch ARNDT, JZ 1964, 582; LEIBHOLZ-RUPPRECHT, BVerfGG, 1968, Rdnr. 78 zu § 90 BVerfGG; MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 20. Aufl. 1975, S. 298/299.

[3] ARNDT, NJW 1965, 807 (808), hält den Begriff "subsidiär" für verfehlt und möchte lediglich von einem verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzbedürfnis ausgehen insoweit, als der Rechtsweg vor Instanzgerichten noch offensteht: er definiert dann auch die Erschöpfung des Rechtsweges "als den nicht mehr aufzuhaltenden Eintritt der Rechtskraft, der ein spezifisch verfassungsgerichtliches Rechtsschutzbedürfnis begründet" (a.a.O. S. 809); zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde vgl. auch SCHNEIDER, ZZP 79 (1966), 1 (11 ff).

nur in den seltensten Ausnahmefällen ein[1].

Auch ist zu beachten, daß das Bundesverfassungsgericht kein Superrevisionsinstanzgericht ist[2]. Dies hat Auswirkungen auf den Prüfungsumfang bei der Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen. Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die angefochtenen Entscheidungen in vollem Umfang auf alle möglichen Fehler hin zu überprüfen. So ist die Gestaltung des Verfahrens[3], tatsächliche Feststellung[4] und Würdigung der Beweisaufnahme[5], die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung allein Sache

---

[1] Über eine vor Erschöpfung des Rechtsweges eingelegte Verfassungsbeschwerde kann das Bundesverfassungsgericht sofort entscheiden, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde; vgl. eingehend hierzu LEIBHOLZ/RUPPRECHT, BVerfGG, 1968, Rdnr. 85 - 87 zu § 90 BVerfGG; zudem macht das Gericht von § 90 Abs. 2 BVerfGG nur selten Gebrauch (so RUPP, ZZP 82 (1969), S. 1 (10)).

[2] BVerfGE 7, 198 (20)); 21, 209 (216); RUPP, ZZP 82 (1969), S. 1 (12); MAUNZ-SIGLICH-SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, BVerfGG, 1972, Rdnr. 17 zu § 90 BVerfGG; SÄCKER, Das Bundesverfassungsgericht, 1975, S. 29.

[3] BVerfGE 18, 85 (92).

[4] BVerfGE 4, 294 (297); 5, 17 (21); 12, 1 (5); 20, 144 (149).

[5] BVerfGE 6, 7 (10); 13, 318 (325); 18, 85 (92); 21, 209 (216); 25, 28 (35).

des hierfür zuständigen Gerichts[1,2].

Verfahrensrechtlich erfährt die Verfassungsbeschwerde durch § 93 a BVerfGG eine gewichtige Einschränkung. Auf Grund dieser Bestimmung bedarf jede Verfassungsbeschwerde der ausdrücklichen Annahme zur Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht. In diesem Ausnahmeverfahren wird bereits der Großteil der Verfassungsbeschwerden von der Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht ausgenommen[3].

---

[1] BVerfGE 17, 302 (305); 19, 303 (310); 24, 236 (244); 29, 413 (424); vgl. auch hierzu die eingehenden Ausführungen des BayVerfGH in BayVerfGH 27 (1975), 109 (115); vgl. auch FEDERER, Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951 - 1972, 1971, S. 59 f (70).

[2] Speziell strafgerichtliche Urteile können in der Regel nur daraufhin überprüft werden, ob bei Anwendung der Vorschriften im materiellen Strafrecht "die Ausrichtung des gesamten Rechts auf die Wertordnung des Grundgesetzes verfehlt ist und dadurch Grundrechte des Verurteilten verletzt worden sind" (so BVerfGE 12, 113 (124)); vgl. auch RÖHL, NJW 1959, 2053; LENZ, JZ 1965, 589 (590); RUPP, ZZP 82 (1969), S. 1 (16).

[3] Das Annahmeverfahren ist geregelt in § 93 a Abs. 1-5 BVerfGG. Hiernach wird die Verfassungsbeschwerde einer zweistufigen Prüfung unterzogen: Zunächst prüft ein sogenannter Vorprüfungsausschuß, bestehend aus drei Richtern, ob die Annahme abzulehnen ist oder ob ihr stattgegeben werden soll mit der Maßgabe, daß dann der Senat selbst über die Annahme entscheidet. Verweigert er die Annahme, so lautet die Entscheidungsformel: "Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen." Hat der Senat die Verfassungsbeschwerde angenommen, so kann er sie bei einstimmigem Beschluß gleichwohl verwerfen, wenn die Verfassungsbeschwerde unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, § 24 BVerfGG (vgl. etwa: BVerfGE 19, 323 (326); 27, 231 (235)). Die Entscheidungsformel des Senats lautet dann bei Unzulässigkeit: "Die Verfassungsbeschwerde wird verworfen", bei offensichtlicher Unbegründetheit: "Die Verfassungsbeschwerde wird zurückgewiesen." Vgl. auch ENDEMANN, NJW 1969, 1197; zum Verfahren nach § 93 a BVerfGG und zum Dreierausschuß Vgl. LÖW, DVBl. 1966, 748 f und insbesondere die Kritik an diesem Ausschuß von ZUCK, ZRP 1973, 233 ff (238/239).

So ist nachgewiesen worden, daß seit Einführung des § 93 a BVerfGG[1] von den als Verfassungsbeschwerden registrierten Beschwerden 97 % erst gar nicht zur Entscheidung angenommen worden sind[2]. Rechnet man die auf Belehrung hin ausdrücklich oder stillschweigend zurückgenommenen Verfassungsbeschwerden hinzu, so wird ein Prozentsatz von ca. 98 - 99 % erreicht[3]. Hieraus wird ersichtlich, welch geringe Bedeutung dem Verfassungsbeschwerdeverfahren in Wirklichkeit zukommt[4] und welche negativen Folgen es für den Rechtsuchenden hat, der von den ordentlichen Gerichten auf die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde verwiesen wird, soweit dieser eine von dem entspre-

---

[1] Am 3.8.1963 (BGBl. I S. 662).

[2] Vgl. RUPPRECHT, JZ 1970, 207 (207); vgl. auch BETHGE, AöR 100 (1975), S. 149 (151), der von einer "generelle(n) Ablehnungspraxis der Dreierausschüsse des Bundesverfassungsgerichts" spricht.

[3] Vgl. RUPPRECHT, JZ 1970, 207 (207); vgl. auch die allgemeine Kritik an diesem Verfahren bei SPECKMANN, JZ 1970, 213 und VOGEL, JZ 1969, 801; siehe auch RUPP, ZZP 82 (1969), 1 ff (1/2); über das Verfahren des Dreierausschusses gemäß § 93 a BVerfGG vgl. denselben S. 5 - 10; vgl. auch MAUNZ/SIGLICH/SCHMIDT-BLEIBTREU/Klein, BVerfGG, 1972, Rdnr. 19 zu § 80 BVerfGG; SCHÄFER, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 1 1963, S. 159 ff (171); neuerdings auch SÄCKER, Das Bundesverfassungsgericht, 1975, S. 30; vgl. aber auch SEUFFERT, AnwBl. 1968, 298 (299 f), der diese sehr hohe Ausfallquote unter anderem darin sieht, daß immer wieder versucht werde, das Bundesverfassungsgericht als zusätzliche Prozeßinstanz zu gewinnen, insbesondere dann, wenn das Instanzgericht nicht im Sinne des Beschwerdeführers entschieden habe; ZACHER, Die Selektion d e r Verfassungsbeschwerden, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, S. 397 (399).

[4] Hierfür spricht bereits die wenig schmeichelhafte Wendung, die Verfassungsbeschwerde sei "mühelos, kostenlos, aussichtlos" (vgl. LÖW, DVBl. 1973, 941 (944).

chenden Gericht begangene Grundrechtsverletzung rügt.

c) Ergebnis

Aus all den angeführten Gründen kann die Verfassungsbeschwerde nicht als befriedigender Rechtsschutzersatz begriffen werden.

4. Die Menschenrechtsbeschwerde nach der Europäischen Menschenrechtskonvention

Als Ausgleich für eine fehlende nachträgliche, lediglich feststellende Entscheidung im Rahmen der Strafprozeßordnung böte sich schließlich die Menschenrechtsbeschwerde nach der Europäischen Menschenrechtskonvention an.

a) Statthaftigkeit der Menschenrechtsbeschwerde

Zwar ist die Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland nach heute wohl einheitlicher Auffassung in Literatur und Rechtsprechung unmittelbar geltendes Recht, da der Bundestag dieser Konvention[1] nebst dem Zusatzprotokoll vom 20. 3. 1952[2] seine Zustimmung gegeben und die Konvention somit zumindest den Rang einfachen Bundesrechts erhalten hat[3].

---

[1] BGBl. II, 1952, 685, 953.

[2] BGBl. II, 1956, 1879.

[3] Höchst strittig ist aber noch heute, welcher innerstaatliche Rang darüber hinaus der Menschenrechtskonvention zukommt, insbesondere auch im Verhältnis zum Grundgesetz:
a) Die Rechtsprechung erhebt die Konvention in den Rang eines einfachen Bundesgesetzes - ohne ausführlich darauf einzugehen, ob der Menschenrechtskonvention auch Verfassungsrang zukommt - mit folgender Begründung: Da das transformierende Gesetz nur ein einfaches, also kein verfassungsänderndes Gesetz sei, könne der Konvention kein höherer Rang zukommen; vgl. etwa BVerfGE 6, 290 (294); 6, 389 (44); BVerfG, NJW 1971, 1509; BGH, NJW 1966, 2023 (2024); BGHZ 45, 46 (49); OVG Münster, DÖV 1956, 438; OVG Münster, DVBl. 1956, 534 (535); OLG Bremen, NJW 1960,

Auch kann eine lediglich (nachträgliche) feststellende Entscheidung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme Gegenstand einer Kommissionsentscheidung sein, wie dies im (nationalen) Verfassungsbeschwerdeverfahren - bei unterstelltem Rechtsschutzbedürfnis - möglich ist.

1265 (1266); OLG Bremen, NJW 1962, 1735; OLG Koblenz, NJW 1972, 404; dieser Meinung stimmt das Schrifttum großenteils zu; vgl. etwa: SÜSTERHENN, DVBl. 1955, 753 (754); ERLER, VVDStrL 18 (1960), 1 (31/32); MÜNCH, JZ 1961, 153 (154); HERZOG, AöR 86 (1961), 194 (237); KÜHNE, NJW 1971, 224 (225); SCHUMANN, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 250; PARTSCH, Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1966, S. 47 f; DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 59 zu Art. 1 GG; KLEINKNECHT, StPO, vor Art. 1 MRK, Anm. 1, 2.
b) Dieser als herrschend zu bezeichnenden Ansicht treten gewichtige Stimmen in der Literatur deshalb entgegen, weil hiernach zwar die Konvention entgegenstehendes, vor Inkrafttreten der Konvention gültiges Recht aufgehoben hat (vgl. BVerfGE 6, 389 (404)), die Konvention selbst aber wegen ihres nur einfachen Gesetzesranges durch ein nachfolgendes Gesetz jederzeit geändert werden könne. Es hat deshalb im Schrifttum nicht an Versuchen gefehlt, die Gesetzesfestigkeit der Konvention nachzuweisen. So soll nach einer Ansicht der Konvention zumindest Übergesetzesrang zukommen (vgl. etwa GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Einleitung, § 6; SCHUBARTH, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft, 1973, S. 45). Nach anderer Meinung soll der Konvention Verfassungsrang (so ECHTERHÖLTER in JZ 1955, 689 (692); PIECK, Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren, 1966, S. 5 - 9, der sich eingehend mit dem Meinungsstand im Schrifttum auseinandersetzt) bzw. Überverfassungsrang (so MENZEL, Verfassungsrang für die Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland? in: Festgabe für P. Guggenheim, 1968, S. 573 ff (581)) zustehen. Vgl. neuerdings auch die gute Übersicht über den Meinungsstand bei SEIDEL, DVBl. 1975, 747 (749/750)).
Im folgenden wird auszugehen sein von der Meinung in der Rechtsprechung und der ihr entsprechenden, noch wohl vorherrschenden Meinung im Schrifttum, zumal auch die Lösung dieser Streitfrage für die vorliegende Untersuchung nicht entscheidungserheblich ist.

Wenn auch nach allgemein vorherrschender Ansicht nicht sogleich aus der innerstaatlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Schluß gezogen werden kann, daß die hierfür eingeführten Grundsätze auch für die Auslegung der Konvention Geltung erlangen müßten, da es sich ja bei der Konvention um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, für dessen Auslegung auch völkerrechtliche Auslegungsrichtlinien heranzuziehen sein werden[1], so dürfte es auch im Rahmen der Konvention nicht angängig sein, wegen des überraschend schnellen Vollzugs einer Maßnahme eine geschehene Verletzung elementarer Grundrechte praktisch zu sanktionieren[2]. Diese vom Bundesverfassungsgericht angestellte Überlegung[3] wird auch bei Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention in Erwägung zu ziehen sein, will man nicht geschehene elementare Verstöße gegen die in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten sanktionslos lassen.

Wie die Verfassungsbeschwerde bei Bejahung eines fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses, sollte auch die Menschenrechtsbeschwerde in solchen Fällen zumindest einer "ideellen Wiedergutmachung" dienen[4].

---

[1] SCHUMANN, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 172 (vgl. auch Fn. 1 auf S. 172).

[2] Vgl. ARNDT, NJW 1960, 2040 (Fn. 1 am Ende bezüglich des Verfassungsbeschwerdeverfahrens); BayVGH 3 (1952), 10 (13); 18 (1965), 76 (77).

[3] Vgl. etwa BVerfGE 10, 302 (308).

[4] ARNDT, NJW 1960, 2040 (Fn. 1 am Ende).

b) Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung

Jedoch ist die Menschenrechtsbeschwerde erst nach vorheriger Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe zulässig[1], Art. 26 MRK. Eingeschlossen hiervon sind auch alle die im Rahmen dieser Untersuchung mit der Beschwerde anfechtbaren Maßnahmen in einem Strafverfahren[2,3]. Ebenso wird aber auch die Verfassungsbeschwerde, obwohl sie in ihrer Bedeutung als außerordentlicher Rechtsbehelf

---

[1] Dem einzelnen Staat soll auf Grund dieser Regelung die Gelegenheit gegeben werden, tatsächliche Verletzungen der in der Konvention niedergelegten Menschenrechte und Grundfreiheiten bereits auf nationaler Ebene auszuräumen, um einmal die Kommission zu entlasten und zum anderen wohl auch aus der Erwägung heraus, vor der Weltöffentlichkeit nicht sogleich als Verletzer der selbst mitunterzeichneten Charta bloßgestellt zu werden (vgl. hierzu GURADZE, Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Anm. 1 zu Art. 26 MRK; BÄCHLE, NJW 1964, 1993 ff (1994/1995); GIEBELER, die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzungen der Menschenrechtsbeschwerde, Diss., 1972, S. 44, und zur Subsidiarität der Menschenrechtsbeschwerde vgl. denselben a.a.O. S. 33 ff.

[2] BÄCHLE, NJW 1964, 1993 ff (1995); vgl. auch die Zusammenstellung der gerichtlichen Rechtsbehelfe im Strafverfahren bei GIEBELER, Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde, Diss., 1972, S. 134.

[3] GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Anm. 5 III zu Art. 26 MRK; die Frist zur Einlegung der Menschenrechtsbeschwerde beträgt sechs Monate und läuft ab Erlaß der " endgültigen " innerstaatlichen Entscheidung, Art. 26 MRK. Von der vorherigen Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittelverfahren wird nur insoweit eine Ausnahme gemacht, als der Rechtsbehelf sich von vornherein als unwirksam oder unnötig erweisen sollte (GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Anm. 8 zu Art. 26 MRK; ähnlich SCHORN, Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1965, Anm. 21 zu Art. 26 MRK).

nicht zum innerstaatlichen Instanzenzug gehört[1], von der Kommission als innerstaatlicher Rechtsbehelf im Sinne des Art. 26 MRK angesehen[2], wenn sie auch grundsätzlich nicht wegen Verletzung der in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten erhoben werden kann[3]. Einigkeit besteht aber wohl insoweit, als der Beschwerdeführer den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde zumindest in den Fällen vorher ausgeschöpft haben muß, in denen das verletzte Grundrecht gleichermaßen durch das Grundgesetz wie durch die Europäische Menschenrechtskonvention umfangmäßig garantiert und geschützt wird[4].

---

[1] Vgl. GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Anm. 5 II zu Art. 26 MRK; GIEBELER, Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde, Diss., 1972, S. 182 in Verbindung mit S. 35 - 36.

[2] So die Entscheidung der Europäischen Kommission zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu Straßburg vom 31.5.1956, veröffentlicht in NJW 1956, 1376.

[3] BVerfGE 10, 271 (274).

[4] GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Anm. 5 II zu Art. 26 MRK; vgl. auch: SÜSTERHENN, DVBl. 1955, 753 (756); GECK, DVBl. 1957, 41 (43 f); FRIESENHAHN, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1961, S. 89 ff (163); MAUNZ-SIGLOCH-SCHMIDT/BLEIBTREU-KLEIN, BVerfGG, 1972, Rdnr. 51 zu § 90 BVerfGG; GIEBELER, Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulassungsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde, Diss., 1972, S. 183. Eine Ausnahme wird lediglich insoweit gemacht, als die Entscheidung eines obersten Instanzgerichtes sich auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beruft und deshalb auch durch Einlegung einer Verfassungsbeschwerde keine Änderung der verfassungsrechtlichen Spruchpraxis zu erwarten ist (vgl. SÜSTERHENN, DVBl. 1955, 753 (756).

c) Die Effizienz des Rechtsschutzes der Menschenrechtsbeschwerde in der Gegenüberstellung zur Verfassungsbeschwerde

Zudem bestehen - wie SCHUMANN[1] herausgearbeitet hat - zwischen der Verfassungsbeschwerde und der Menschenrechtsbeschwerde gewichtige Unterschiede, die es angezeigt sein lassen, grundsätzlich - soweit möglich - der Verfassungsbeschwerde den Vorzug zu geben.

So entscheiden über die Verfassungsbeschwerde stets Berufsrichter. Bei der Menschenrechtsbeschwerde werden Richter dagegen erst nach Durchlaufen zweier nichtrichterlicher Instanzen mit der Beschwerde betraut.

Nur die Verfassungsbeschwerde verbürgt also unmittelbaren Zugang zum Gericht[2].

Die Verfassungsbeschwerde gewährt auch effektiveren Rechtsschutz. So führt die erfolgreich eingelegte Verfassungsbeschwerde zur Aufhebung der gerichtlichen Entscheidung, während eine erfolgreich vorgebrachte Menschenrechtsbeschwerde eine solche Aufhebung nicht zu erreichen vermag[3].

Allein schon die letztangeführte Unterscheidung läßt es auch für den Beschwerdeführer selbst ratsam sein, die Verfassungsbeschwerde einzulegen, da der Beschwerdeführer doch in der Regel in erster Linie auf die Effektivität des Rechtsschutzes Wert legen dürfte, die bei ersterer eher gewährleistet sein dürfte, als bei der Menschenrechtsbeschwerde.

---

[1] SCHUMANN, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 94 - 97.

[2] SCHUMANN, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963 S. 95.

[3] SCHUMANN, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 95/96 und S. 176/177 m.w.N.

Überdies ist die Menschenrechtsbeschwerde - ebenso allerdings wie die Verfassungsbeschwerde - in der Regel ein langwieriges Verfahren und kaum geeignet, der Einzelperson effektiven Rechtsschutz zu gewähren, zumal unter Berücksichtigung dessen, daß - zumindest bis zum 1. Oktober 1958 - noch niemals eine Menschenrechtsbeschwerde als begründet anerkannt[1] und in lediglich zwei von insgesamt 350 geprüften Fällen die Beschwerde als zulässig erachtet worden ist.

d) Ergebnis

Wegen ihrer äußerst geringen rechtsschutzgewährenden Funktion ist die Menschenrechtsbeschwerde für Bürger der Bundesrepublik Deutschland in der Praxis nahezu bedeutungslos[3].

III. Gebot der Statthaftigkeit eines feststellenden Rechtsschutzzieles als Ausdruck der Art. 103 Abs. 1 GG zugrundeliegenden Achtung der Menschenwürde und der Rechtsstaatlichkeit

In diesen Verfahrensarten begriedigende Ersatzlösungen zu sehen, verbietet sich angesichts der vorhergehenden Untersuchung. Innerhalb der Strafprozeßord-

---

[1] Vgl. HENRICHS, NJW 1959, 1529.

[2] Vgl. GOLSONG, Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1958, S. 83; in diesem Sinne auch BARTSCH, NJW 1976, 462 f (463); BÄCHLE, NJW 1964, 1993 ff (1998).

[3] Wenn auch die Wirksamkeit der Menschenrechtsbeschwerde darin gesehen werden kann, daß bereits die Möglichkeit hierzu bzw. die Einlegung der Beschwerde - ohne Rücksicht auf ihre spätere Zulässigkeit - "in vielen Fällen ... zur Klaglosstellung durch den belangten Staat" geführt hat (vgl. KHOL, Zwischen Staat und Weltstaat, 1969, S. 386); ähnlich für eine solche - positive - Wirkungsweise der Verfassungsbeschwerde SÄCKER, Das Bundesverfassungsgericht, 1975, S. 30/31.

nung vermag das Rechtsmittel der Revision keine ausreichende Überprüfung gerichtlicher Akte zu gewährleisten. Den außerordentlichen Rechtsbehelfen der Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde kommt wegen ihrer äußerst geringen rechtsschutzgewährenden Funktion nahezu keine Bedeutung zu.

Die Folge wäre die Gefahr mißbräuchlicher Ausnutzung der den Richtern anvertrauten Kompetenzen[1]. Der strafrechtlich Verfolgte könnte nunmehr als Objekt und nicht länger als ein mit selbständigen Rechten begabtes Subjekt betrachtet und entsprechend behandelt werden, ohne daß er sich gegen solche Eingriffe zur Wehr setzen könnte.

Nun wird aber die Gewährung rechtlichen Gehörs verstanden als ein die Strafprozeßordnung bestimmender, weil rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechender Grundsatz[2].

Zwar führt das Bundesverfassungsgericht in einer seiner ersten Entscheidungen aus, Art. 103 Abs. 1 GG erfordere nicht, jede gerichtliche Entscheidung, die unter Versagung des rechtlichen Gehörs ergangen sei, auch für anfechtbar zu erachten[3]. Aber ausgehend von seiner Entscheidung, wonach das

---

[1] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117.

[2] Vgl. KLEINKNECHT, StPO, Einleitung, Anm. 1 F; dies zeigt sich insbesondere daran, daß der Gesetzgeber die §§ 33 a, 311 a StPO durch das StPÄG eingeführt hat, um auch in Fällen des Verstoßes gegen diesen Grundsatz noch in einem Nachverfahren das rechtliche Gehör zu gewährleisten; vgl. allgemein zur Verwirklichung des Grundsatzes auf Gewährung rechtlichen Gehörs in den einzelnen Verfahrensarten die Zusammenstellung bei KENNEWEG, Darstellung und kritische Würdigung der Rechtsprechung zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gerichtspunkte, Diss., 1969, S. 107 f, insbesondere S. 153 ff.

[3] BVerfGE 1, 433 (437 f).

rechtliche Gehör rechtsstaatlichen Grundsätzen zuzuordnen sei[1], hat das Bundesverfassungsgericht in einer späteren Entscheidung das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs auch als Ausdruck der Würde des Rechtsgenossen begriffen[2], die zusammen mit der freien menschlichen Persönlichkeit als höchster Rechtswert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung anzusehen sei[3,4].

Wenn auch eine Verletzung der Menschenwürde nicht abstrakt, sondern nur jeweils bezogen auf den kon-

---

[1] BVerfGE 1, 332 (347).

[2] BVerfGE 7, 275 (278 f); 9, 89 (95); BayVerfGH 13 (1960), 24 (26); BGH, DVBl. 1968, 981 (983); auch DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 5 zu Art. 103 GG und Rdnr. 36 zu Art. 1 GG; WINTRICH, Bay.Vw.Bl. 1957, 137 (139); RÖHL, NJW 1958, 1268 (1268/1269); ARNDT, NJW 1959, 6 (7); SCHÜTZ, NJW 1961, 582 (584); HANACK, JZ 1966, 43 (48); von WINTERFELD, NJW 1961, 849 (851); RASEHORN, NJW 1964, 576 (579); HAMANN, AnwBl. 1958, 141 (144); ZEUNER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 1013 (1015); LÖHR, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht, 1972, S. 169; zum Begriff der Menschenwürde vgl. auch eingehend SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 17 ff, 66; KOLB, Das rechtliche Gehör als verfassungsmäßiges Recht, Diss., 1963, S. 13 ff.

[3] BVerfGE 30, 1 (39); abweichende Meinung der Richter Geller, v. Schlagrendorff und Rupp zu dem Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69 -, unter Bezugnahme auf BVerfGE 6, 32 (36) und 12, 45 (53); vgl. auch BVerfGE 27, 1 (6).

[4] Bereits in dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 1955 (= BVerfGE 4, 190 (192)) wurde der Art. 103 Abs. 1 GG als "grundlegende Verfahrensvorschrift" bezeichnet und dem rechtlichen Gehör somit eine hervorragende Bedeutung zuerkannt; vgl. auch DAHS, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 1965, S. 2; einen ausführlichen Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt JAKOBS, JZ 1971, 279 (insbesondere 281 f).

kreten Fall feststellbar ist[1], so wird doch allgemein anerkannt das Verbot, den Menschen zum "bloßen Objekt des Staates zu machen"[2] und über sein Recht" kurzerhand von Obrigkeits wegen"[3] zu verfügen.

---

[1] BVerfGE 30, 1 (25); vgl. auch die Entscheidung des StGH Hessen, ESVGH 24 (1975), 1 (8/9), der den Inhalt des Begriffs "Menschenwürde" "am besten negativ vom Verletzungsvorgang her bestimmen" will (a.a.O. S. 8) und zahlreiche Beispiele hierfür (a.a.O. S. 9) anführt.

[2] So wörtlich BVerfGE 27, 1 (6); BVerfGE 30, 1 (25) schränkt diese Formel zwar ein, als diese nur geeignet sein könne, "lediglich die Richtung an(zu)deuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können". Andererseits hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in mehreren Entscheidungen von einer solchen Einschränkung abgesehen (vgl. BVerfGE 28, 386 (391); 27, 1 (6); 9, 89 (95); 7, 198 (205); 5, 85 (204/205)). Den Ausführungen des Zweiten Senats in BVerfGE 30, 1 (25/26) zur Menschenwürde, deren Verletzung er erst in einer "verächtlichen Behandlung" durch die öffentliche Hand als gegeben ansieht, kann auch deshalb nicht gefolgt werden, als hiermit das Verbot der Verletzung der "Menschenwürde" lediglich Bedeutung erlangt in extremen Fällen, wie in denen der "Wiedereinführung der Folter, des Schandpfahls und der Methoden des Dritten Reiches" (so die abweichende Meinung der Richter Geller, v. Schlabrendorff und Rupp zu dem Urteil des Zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 269/68 und 308/69 - in BVerfGE 30, 1 (39). Letztere weisen deshalb ausdrücklich die Meinung des Zweiten Senats zurück, Formeln wie "der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt des Staates werden" seien lediglich geeignet, die Richtung anzudeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können (vgl. BVerfGE 30, 1 (25), denn sie sehen in dieser Formel vielmehr einen "in Art. 1 GG wurzelnde(n) Grundsatz, der unmittelbar Maßstäbe setzt" (vgl. Minderheitsvotum in BVerfGE 30, 1 (40)). Daraus erheben diese Autoren folgende Forderung: "Alle Staatsgewalt hat den Menschen in seinem Eigenwert, seiner Eigenständigkeit zu achten und zu schützen. Er darf nicht 'unpersönlich', nicht wie ein Gegenstand behandelt werden, auch wenn es nicht aus Mißachtung des Personenwertes, sondern 'in guter Absicht' geschieht" (vgl. Minderheitsvotum in BVerfGE 30, 1 (40)); siehe auch BVerfGE 34, 1 (7); vgl. hierzu auch GOERLICH, NJW 1976, 1526 (1528).

[3] BVerfGE 9, 89 (95); vgl. auch StGH Hessen, ESVGH 22 (1972), 135 (136).

Das Bundesverfassungsgericht hält eine Antastung der Menschenwürde auch dann für gegeben, soweit mit Rücksicht auf seine Subjektsqualität der Mensch zwar Träger subjektiver Rechte sei, er diese aber nicht gerichtlicherseits verteidigen und durchsetzen könne[1]. Zwar dürfe dieser Gerichtsschutz insofern Einschränkungen erfahren, als andererseits höherwertigen, gemeinschaftsbezogenen Belangen nicht gedient werden könnte[2]. Indes bejaht das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung der Menschenwürde, "wenn durch den Ausschluß des Rechtsweges der Betroffene der Willkür der Behörden ausgeliefert wäre"[3].

Will also das Bundesverfassungsgericht den Betroffenen nicht der Willkür der Behörden überantworten, so könnte gleiches Geltung beanspruchen für den Fall, daß Gerichte strafprozessuale Zwangsmaßnahmen anordnen und dann durch sofortigen und vollständigen Vollzug irreparable Tatsachen schaffen, für die sie keinerlei Rechenschaft mehr schuldig sind.

Nicht kann hiergegen eingewandt werden, richterlichen Anordnungen seien weniger (rechtliche) Fehlerquellen zu eigen als den Anordnungen von Polizeibeamten, weil erstere eine qualifizierte juristische Ausbildung genossen hätten und auf Neutralität verpflichtet seien.

---

[1] BVerfGE 30, 1 (27).

[2] Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu an, die "Notwendigkeit der Geheimhaltung von Maßnahmen zum Schutze der demokratischen Ordnung und des Bestandes des Staates" können einen solchen Ausschluß des Gerichtsschutzes rechtfertigen (vgl. BVerfGE 30, 1 (27).

[3] BVerfGE 30, 1 (27): Zwar hält das Bundesverfassungsgericht in dem von ihm entschiedenen Fall eine solche Willkür für nicht vorliegend, als von Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG "eine zwar andersartige, aber gleichwertige Rechtskontrolle gefordert wird". Siehe hierzu aber die Kritik von HÄBERLE, JZ 1971, 145 (151 f); allgemein auch zur Entscheidung BVerfGE 30, 1 ff, HALL, JuS 1972, 132 ff und ALBERTS, JuS 1972, 319 ff.

Dieser Einwand wird schon durch einen Blick auf das Rechtsmittelsystem innerhalb der Strafprozeßordnung wiederlegt, zeigt sich doch insbesondere an dem Rechtsmittel der Beschwerde, §§ 304 ff StPO, die Notwendigkeit der Überprüfung auch gerichtlichtlicher Entscheidungen[1].

Auch müssen richterlich veranlaßte Strafprozessuale Untersuchungshandlungen unter Beachtung des Gebots auf Gewährung rechtlichen Gehörs ergehen. Dies wird erkennbar an der Regelung der §§ 33 Abs. 4, 33 a StPO. Kann hiernach auf eine vorherige Anhörung des Betroffenen ausnahmsweise verzichtet werden, so ist ihm in einem Nachverfahren rechtliches Gehör zu gewähren. Die Tatsache, daß ein Richter die Anordnung verfügt hat, ist also nicht geeignet, als Ausgleich für das fehlende rechtliche Gehör zu dienen.

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen wird das Bemühen des Gesetzgebers ersichtlich, den die Gewährung rechtlichen Gehörs zugrundeliegenden rechtsstaatlichen Prinzipien auch bei richterlich veranlaßten Anordnungen zum Erfolg zu verhelfen. Es soll also offenbar dem von einem solchen Akt Betroffenen Gelegenheit gegeben werden, sich in seiner Rolle als Subjekt prozessualer Rechte zu behaupten[2] und es soll mit dieser Regelung gleichzeitig verhindert werden, den Bürger zum bloßen Objekt des über ihn verfügenden Richters zu machen. Folglich dient die Vorschrift des § 33 a StPO auch der Korrektur solcher Entscheidungen des Gerichts, die unter willkürlicher[3] Verletzung des Gebots auf Gewährung

---

[1] PETERS, JR 1973, 341 (342).

[2] GOERLICH, NJW 1976, 1526 (1528).

[3] WENDISCH in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 10 zu § 33 a StPO.

rechtlichen Gehörs zustandegekommen sind[1]. Soll demnach der Bürger zumindest insoweit nicht richterlicher Willkür ausgeliefert werden, so kann bei den typischerweise kurzfristig sich erledigenden strafprozessualen Untersuchungshandlungen den Art. 103 Abs. 1 GG zugrundeliegenden Prinzipien nur dadurch Rechnung getragen werden, daß diesen Grundsätzen auch dort zum Durchbruch verholfen wird, wo die Strafprozeßordnung ihnen noch nicht genügt. Folgich muß, da es sich um rechtsethische Prinzipien von Verfassungsrang[2] handelt, im Wege gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung eine Erweiterung auf das Rechtsschutzziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten Maßnahme statthaft sein.

Der Gewaltenteilungsgrundsatz[3], Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, steht einer solchen Entscheidung nicht entgegen.

Zwar dürfen die Instanzgerichte nicht primär zu Normgebern werden[4]; bei Anwendung eines Gesetzes über dessen Auslegung, über Analogie und teleologische Reduktion hinaus - zu dem Richter wohl unstreitig befugt sind[5] - braucht aber auch eine

---

[1] PAPIER, Verletzung "spezifischen Verfassungsrechts", in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, S. 432 (455, 456).

[2] Vgl. LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965), S. 3.

[3] SCHOLZ, DB 1972, 1771 (1777).

[4] Doch aus der Untätigkeit des Gesetzgebers kann der Rechtsprechung subsidiäre Rechtsetzungsbefugnis zukommen (vgl. hierzu BVerfGE 25, 167 (181).

[5] LARENZ, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für E. R. Huber, 1973, S. 291.

diese Grenzen übersteigende Rechtsfortbildung durch den Richter nicht notwendigerweise Normschaffung zu sein[1]. Denn unter der Geltung des Art. 20 Abs. 3 GG, wonach der Richter an "Gesetz und Recht" gebunden ist, kann einem starren Gesetzespositivismus nicht mehr das Wort geredet werden[2]. Vielmehr soll das in Art. 20 Abs. 3 GG angeführte "Recht" dazu dienen, gegenüber dem geschriebenen Gesetz gleichsam als Korrektiv[3] zu wirken. Organ zur Durchführung solcher Korrek-

---

[1]Vgl. PEHLE, Richterliche Rechtsfortbildung im gewerblichen Rechtsschutz, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 87/88 (1969), S. 1 (4/5), der drei Fallgruppen aufstellt, in denen eine solche Rechtsfortbildung in Frage kommt.

[2]Vgl. BVerfGE 34, 269 (286) mit zustimmender Anmerkung von KÜBLER, JZ 1973, 667 (insbesondere 668); in gleichem Sinne: ARTHUR KAUFMANN, Analogie und Natur der Sache, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 65/66 (1965), S. 13; LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965), S. 3/4; siehe auch G. KÜCHENHOFF, Persönlichkeitsschutz kraft Menschenwürde, in: Menschenwürde und freiheitliche Grundordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, S. 45 (56); PEHLE, Richterliche Rechtsfortbildung im gewerblichen Rechtsschutz, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 87/88 (1969), S. 1 (1/2); BENDA und KLEIN, DRiZ 1975, 166 (169); EB. SCHMIDT, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964, Rdnr. 507 ff; derselbe in DRiZ 1963, 376 (380 f); allgemein zum Begriff "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG vgl., IPSEN, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 116 ff; kritisch zur Entscheidung BVerfGE 34, 269: MENGER, VerwArch. 65 (1975), S. 195 (199/200); vgl. auch SCHWABE, DVBl. 1973, 788 (789/790).

[3]G.KÜCHENHOFF, Persönlichkeitsschutz kraft Menschenwürde, in: Menschenwürde und freiheitliche Grundordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, S. 45 (57).

turen sind nun die Gerichte[1], die diese in Form von Entscheidungen zur verwirklichen haben[2].

Zur weiteren rechtlichen Absicherung dieser Meinung kann verwiesen werden auf das "Altern der Kodifikationen"[3]. Das Bundesverfassungsgericht[4] hat in Bezug hierauf das Bürgerliche Gesetzbuch als eine alternde Kodifikation einer Prüfung unterzogen und hat folgendes ausgeführt: "Mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung (wächst) notwendig die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts....Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlichen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich u.U. mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend verändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, "Recht" zu sprechen, verfehlen will."

---

[1] G. KÜCHENHOFF, Rechtsbesinnung, S. 419/420.

[2] Diese Tendenz wird auch deutlich in der Diskussion auf der Staatslehrertagung 1975 in Augsburg (vgl. hierzu den zusammenfassenden Bericht von BURMESTER, NJW 1976, 554 (555).

[3] Siehe KÜBLER, JZ 1969, 645; von CAENMERER in der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 87/88 (1969), S. 29 f (30); MICHEL, JuS 1961, 274 (280/281).

[4] BVerfGE 34, 269 (288/289).

Daß auch die Strafprozeßordnung als eine seit dem vorigen Jahrhundert bestehende Kodifikation[1] diesen vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätzen unterliegt, kann wohl nicht ernsthaft bezweifelt werden, zumal auch insbesondere die Strafverfahrensordnung als "konkretisiertes Verfassungsrecht"[2] bezeichnet wird[3].

---

[1]Die Strafprozeßordnung trat in Kraft am 1.10.1879.

[2]KOHLMANN, Der Anspruch des Beschuldigten auf schnelle Durchführung des Ermittlungsverfahrens, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 501 (508).

[3]Diese vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze haben auch im Schrifttum Anklang gefunden (vgl. G. KÜCHENHOFF, Persönlichkeitsschutz kraft Menschenwürde, in: Menschenwürde und freiheitliche Grundordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, S. 45 ff (57/58); LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 393; KÜBLER, JZ 1973, 667 (667/668), bzw. wurden bereits vor dieser Entscheidung als Forderungen erhoben (so von G. Küchenhoff, Rechtsbesinnung, 1973, S. 420; LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965, S. 3/4); BARATTA, Analogie und Natur der Sache, in: Mensch und Recht, Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag, 1972, S. 137 (161); ARTHUR KAUFMANN, Analogie und Natur der Sache, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 65/66 (1965), S. 13; Eb. SCHMIDT, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964, Rdnr. 508: "Zwar ist gerade das Strafverfahrensrecht durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 von seinen aus machtstaatlicher Zeit stammenden Entartungserscheinungen befreit und auf die alte rechtsstaatliche Linie der Rechtsjustizgesetzgebung von 1877/79 zurückgeführt worden; aber auch insoweit zeigt sich immer wieder, wie die dem Grundgesetz zu entnehmenden rechtsstaatlichen Wertprinzipien zu neuen Erkenntnissen drängen. Auch hier ist also, wie in allen übrigen Rechtsdisziplinen, kritische Wachsamkeit des Richters durchaus geboten." MICHEL, JuS 1961, 274 ff (280)). Anderer Ansicht ist z.B. MERZ, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163 (1964), S. 305 f (338), der sich dagegen verwahrt, daß versucht werde, dem Gesetz das "Recht" überzuordnen (vgl. auch Fn. 105 auf der angegebenen Seite).

Einem solchen Wandel der Rechtsanschauungen ist der Gesetzgeber im Rahmen der Strafprozeßordnung durch die durch Art. 8 Nr. 2 StPÄG im Jahre 1964 eingefügten §§ 33 a, 311 StPO nachgekommen. Diese Bestimmungen sind unmittelbare Ausprägung des sich erstmals[1] unter der Herrschaft des Grundgesetzes verfassungsrechtlich niedergelegten Grundsatzes des Gebots auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Die §§ 33 a, 311 a StPO sind auf Grund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erlassen worden, nachdem es darüber zu entscheiden gehabt hatte, ob das rechtliche Gehör im Beschwerdeverfahren unterbleiben dürfe[2]. Das Bundesverfassungsgericht hat dies unter der Bindung befürwortet, daß dem Betroffenen zumindest nachträglich Gehör gewährt werden müsse. Die Problematik dieser Entscheidung, ob also auf die Gewährung rechtlichen Gehörs für bestimmte Prozeßzwecke von vornherein und endgültig verzichtet werden darf, stellt sich in ähnlicher Weise auch für diejenigen strafprozessualen Untersuchungshandlungen, die typischerweise materiell beendet und prozessual erledigt sind , bevor der Betroffene das Gericht um Rechtsschutz anzurufen vermag. Denn diese Entscheidungen werden praktisch unanfechtbar, ohne daß der betroffene Bürger zu irgendeinem Zeitpunkt hierzu hat Stellung nehmen können.

Ein solches Ergebnis vermag nicht zu befriedigen und entspricht hinsichtlich der Gewährleistung

---

[1] Vgl. hierzu eingehend RÜPING, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, S. 90 ff.

[2] BVerfGE 9, 89 ff.

nicht einmal nachträglichen Gehörs nicht den unter der Herrschaft des Grundgesetzes herausgebildeten Gerechtigkeitsvorstellungen. Es verdeutlicht aber, daß der Gesetzgeber bei Erlaß des § 33 a StPO diese Kategorie strafprozessualer Untersuchungshandlungen nicht berücksichtigt hat, obwohl die sich hier stellende Problematik die gleiche ist wie im zuvor aufgeführten und vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall, ob nämlich eine nachteilige Entscheidung ohne Gewährung vorherigen Gehörs für den Betroffenen von vornherein endgültig und damit prozessual erledigt ist.

Stellt sich somit bei beiden Sachverhalten das gleiche Problem, so ist der Richter zumindest befugt, über den bereits teilweise gesetzlich Rechnung getragenen Wandel der Gerechtigkeitsvorstellungen[1] hinaus Rechtsprinzipien von Verfassungsrang[2] Geltung zu verschaffen[3].

Eine solche Rechtsfortbildung "extra legem", aber "intra ius"[4] beschwört nun die Gefahr herauf, das vorliegende Gesetzesrecht in erheblichem Maße umzugestalten oder zu modifizieren. Eine schrankenlose Rechtsfortbildung durch den Richter würde sicherlich den Gewaltenteilungsgrundsatz im Verhältnis Gesetzgebung - Richter-

---

[1] HAVERKATE, ZRP 1973, 281 (281); KÜBLER, JZ 1973, 667 (668).

[2] LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965), S. 3.

[3] Vgl. BURMEISTER, NJW 1976, 554 (555).

[4] LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 31 (43).

schaft[1] erheblich verletzen können und wäre verfassungsrechtlich unzulässig[2], weil gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verstoßend.

Es bedarf also in jedem Fall von gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung durch den Richter einer eingehenden Prüfung, ob eine solche Fortbildung auch wirklich "evident"[3] ist.

Voraussetzung dafür, wann eine solche Evidenz zu bejahen ist, hat LARENZ aufgestellt. Er hält eine solche Rechtsfortbildung nur in den Fällen für zulässig, wenn "andernfalls ein Rechtsnotstand, d.h. ein Zustand entstehen würde, durch den der Rechtsgedanke Schaden leiden muß"[4].

---

[1] PEHLE, Richterliche Rechtsfortbildung im gewerblichen Rechtsschutz, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 87/88 (1969), S. 1; LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 418.

[2] Vgl. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 198; BETTERMANN, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, 2. Aufl. 1972, S. 523 (633).

[3] Vgl. LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965), S. 3; siehe auch BENDER, MDR 1959, 441 (446): "Allerdings erscheint die Abweichung von den dem Gesetz zugrundeliegenden, zwischenzeitlich aber überholten Wertungen allenfalls dann zulässig, wenn die wertungsgetreue Anwendung des Gesetzes rechtsethisch als schlechthin unerträglich empfunden werden würde"; PEHLE, Richterliche Rechtsfortbildung im gewerblichen Rechtsschutz, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 87/88 (1969), S. 7, der den Gerichten auch die Befugnis zur Rechtsfortbildung zuspricht, bezüglich der Grenzen dieser Rechtsfortbildung aber lediglich meint, diese dürften "nicht allzu eng zu ziehen sein".

[4] LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70 Geburtstag, 1974, S. 31 (43); FENGE, JZ 1972, 705; LIEB und WESTHOFF, DB 1973, 69 (73).

Ein solcher Schaden sei dann zu bejahen, "wenn ein als unabweisbar empfundenes Bedürfnis des Verkehrs durch die Rechtsordnung nicht befriedigt wird oder wenn die 'Natur der Sache' oder ein rechtsethisches Prinzip in einer für das allgemeine Rechtsbewußtsein unerträglichen Weise unberücksichtigt bleibt... und der 'Rechtsnotstand' auf andere Weise nicht zu beheben (ist)"[1,2].

Als solche Prinzipien kommen nach Meinung von LARENZ in Betracht: Die menschliche Würde und Persönlichkeit, die Gleichheit vor dem Gesetz, die Rechtsstaatlichkeit und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates[3].

---

[1] LARENZ, Der Richter als Gesetzgeber? in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 31 (43); FENGE, JZ 1972, 705; LIEB und WESTHOFF, DB 1973, 69 (73).

[2] Vgl. im einzelnen auch LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 402 - 421; PAWLOWSKI, ZFA 1974, 405 (411); vgl. auch insbesondere FENGE, JZ 1972, 705, der drei Kriterien aufstellt, bei deren Vorliegen eine richterliche Rechtsfortbildung zulässig sei: "Es muß sich ein allgemeines Rechtsbewußtsein gebildet haben, das in den geltenden Gesetzen (noch) keinen Niederschlag gefunden hat; eine richterliche Entscheidung entsprechend den geltenden Gesetzen, aber entgegen dem allgemeinen Rechtsbewußtsein muß der Rechtsidee derart zuwiderlaufen, daß sie allgemein als unerträglich empfunden würde (Rechtsnotstand); mit gesetzgeberischen Maßnahmen darf in absehbarer Zeit nicht zu rechnen sein."

[3] LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965), S. 4 (Fn. 9) unter Bezug auf BVerfGE 2, 380 (403), wo das Bundesverfassungsgericht ausspricht, "daß das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen, sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen" bestehe, zu dessen "Leitideen" auch das "Rechtsstaatsprinzip" gezählt werden müsse; vgl. auch LARENZ, NJW 1965, 1 (7).

Hieraus nun zieht LARENZ den m. E. folgerichtigen Schluß, daß die oben aufgezeigten Grundsätze "bei der ganzen Rechtsanwendung zu beachten" seien[1]. Letzteres bedeutet dann, wegen eines solchen Prinzips ein Gesetz nicht nur über seinen noch möglichen Wortlaut, sondern möglicherweise auch über seinen Sinn und Zweck hinaus auszudehnen. Der Richter ist dann befugt zu einer Entscheidung "contra legem", die aber gleichwohl eine Entscheidung "secundum ius" bleibt, da ein Nichtbeachten jener verfassungsrechtlichen Grundsätze durch den Richter "contra ius" wäre[2]. Letzteres käme nämlich einem Verstoß gegen höherrangiges Recht, also Verfassungsrecht, und der in diesem Recht wurzelnden verfassungsrechtlichen Grundsätze und Leitideen gleich.

Hiermit ist die Entscheidung für die Statthaftigkeit eines nachträglichen, lediglich feststellenden Rechtsschutzes gefallen. Denn bei den sich typischerweise kurzfristig erledigenden strafprozessualen Untersuchungshandlungen kann dem fundamentalen Prinzip der Beachtung der menschlichen Würde überhaupt nur Rechnung getragen werden durch Gewährung nachträglichen Gehörs, auf Grund dessen noch eine Entscheidung über die Berechtigung der getroffenen Maßnahme ergehen muß.

---

[1] LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965), S. 4 (Fn. 4).

[2] LARENZ, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe - Schriftenreihe - Heft 64 (1965), S. 4 (Fn. 9); Kritik an der Meinung von LARENZ übt insbesondere IPSEN, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 44/45.

Folgerichtig hält das Bundesverfassungsgericht für die im Rahmen dieser Untersuchung behandelten, sich - wegen sofortigen Vollzugs der Anordnung - erledigten Maßnahmen auf Antrag des Betroffenen ein Nachverfahren für erforderlich, "in dem ihm rechtliches Gehör gewährt und über die Berechtigung der getroffenen Maßnahme entschieden wird"[1], auch wenn das Gericht wegen Fehlens einer gesetzlich nicht vorgehenen Instanz selbst in eine erneute Überprüfung der eigenen Entscheidung treten müßte[1]. Über den Umfang und die Konturen[2] dieses vom Bundesverfassungsgericht verlangten Nachverfahrens herrscht noch keine Klarheit[2], zumal das Bundesverfassungsgericht selbst nur von einem Nachverfahren spricht[3], innerhalb dessen der Betroffene Gelegenheit erhalten soll, Gegenvorstellungen zu erheben, die dann gerichtlicherseits zu bescheiden seien und zwar auch dann, soweit die Strafverfahrensordnung solche Gegenvorstellungen nicht vorsehe[4].

Kann somit wegen des Gebots aus Art. 103 Abs. 1 GG dem Betroffenen sein Recht auf Gewährung zumindest nachträglichen Gehörs nicht von vornherein verweigert werden, so wird auch ein ihm zugestandenes Nachverfahren, in dem er lediglich seine Gegenvorstellungen dem Gericht vortragen

---

[1] BVerfGE 9, 89 (98/107).

[2] HANACK, JZ 1966, 43 (48, Fn. 66); SCHMIDT-LEICHNER, NJW 1965, 1309 (1312).

[3] BVerfGE 9, 89 (98); vgl. auch BayObLG, NJW 1973, 1140 (1141), das ausdrücklich darauf hinweist, daß das Gesetz die Form der nachträglichen Gewährung rechtlichen Gehörs nicht vorschreibe.

[4] BVerfGE 9, 89 (107).

kann[1], das die Zwangsmaßnahme gegen ihn veranlaßt hat, nicht geeignet sein, als Ausgleich für das ihm an sich zustehende Rechtsmittel der Beschwerde zu dienen[2].

Ziel einer Gegenvorstellung ist es, im Wege eines Appells durch den Betroffenen auf das Gericht, das die Entscheidung oder Verfügung getroffen hat, einzuwirken, um eine Änderung oder Aufhebung der angeordneten Maßnahme zu erreichen[3]. Über die Gegenvorstellung können die Gerichte mangels einer gesetzlichen Regelung nach freiem Ermessen entscheiden[4].

Zwar hat es nicht an Versuchen gefehlt, vornehmlich im Bereich des Strafverfahrensrechts[5], das den Gerichten eingeräumte Ermessen zu begrenzen[6]. Indes müssen solche Bemühungen erfolglos bleiben, solange es noch an allgemein anerkannten Grundsätzen über die Behandlung der Gegenvorstellung mangelt. Auch lassen sich nicht aus der oben angegebenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[7] solche allgemeinen Grundsätze ableiten, macht der Senat doch lediglich zur Pflicht, den Betroffenen auf sein

---

[1] So aber HENCKEL, ZZP 77 (1964), S. 321 (337).

[2] Dies ist auch in der Wehrbeschwerdeordnung gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 WBO insofern anerkannt, als eine Beschwerdeentscheidung auch dann noch zu ergehen hat, wenn der Befehl bereits ausgeführt worden ist (vgl. hierzu VÖLLMECKE, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1976, 56 (59/60).

[3] KLEINKNECHT, StPO, vor § 296 StPO, Anm. 2; WOESNER, NJW 1960, 2129 (2130); BOWITZ, Bayr. Vw.Bl. 1977, 663 (664).

[4] WOESNER, NJW 1960, 2129 (2130).

[5] Vgl. WOESNER, NJW 1960, 2129 (2130 f).

[6] Vgl. für den Bereich des Zivilprozesses SCHNEIDER, DRiZ 1965, 288 (290/291).

[7] BVerfGE 9, 89 (107).

Recht zur Gegenvorstellung hinzuweisen[1]. Von der Behandlung durch die Gerichte nach Einlegung von Gegenvorstellungen ist in dieser Entscheidung keine Rede. Es bleibt demnach dem Ermessen der Gerichte weiterhin freigestellt, wie sie die Gegenvorstellungen bescheiden.

Zum anderen muß auf folgende mögliche Gefahr hingewiesen werden: Zwar kann das erstinstanzliche Gericht nicht den Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs ohne weiteres als unzulässig oder unbegründet abweisen[2]; es kann aber den Antrag zur Prüfung annehmen und - ohne ein wirkliches Überprüfungsverfahren einzuleiten - an seiner einmal getroffenen Entscheidung "unbesehen"[3] festhalten[4]. Diese neue Entscheidung im Verfahren nach § 33 a StPO, die auch in einer bloßen Bestätigung bestehen kann[5], ist aber nach herrschender Meinung mit der Beschwerde nicht mehr anfechtbar[6].

Überdies würde der Betroffene von vornherein der Möglichkeit beraubt, von einem zweiten Gericht

---

[1] BVerfGE 9, 89 (107).

[2] Denn bei Ablehnung der Nachholung des rechtlichen Gehörs mit der oben wiedergegebenen Begründung hat der Betroffene unstreitig das Recht, Beschwerde einzulegen (vgl. WENIDSCH in Löwe-Rosenberg, 23. Aufl. 1976, StPO, Rdnr. 26 zu § 33 a StPO; vgl. auch BVerfGE 9, 89 (107).

[3] KALLMANN, NJW 1972, 1478.

[4] OLG Braunschweig, NJW 1971, 1710 (1711).

[5] WENDISCH in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 25 zu § 33 a StPO.

[6] Dies wird wie folgt begründet: Da § 33 a StPO nur von Beschlüssen handele, die gerade nicht mit der Beschwerde oder einem anderen Rechtsbehelf anfechtbar seien, so könnten es die auf die Gegenvorstellung hin ergehenden Entscheidungen (= die sogenannten Überprüfungsentscheidungen) auch nicht sein (vgl. KG, NJW 1966, 991 (991/992).

diese Maßnahme auf ihre Rechtmäßigkeit hin in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überprüfen zu lassen[1], kann doch das Beschwerdegericht bekanntlich von sich aus neue Ermittlungen anordnen oder selbst vornehmen, § 308 Abs. 2 StPO.

Der von einem strafprozessualen Eingriff Überraschte sollte deshalb aus dem Gebot der unbedingt erforderlichen Gewährung rechtlichen Gehörs befähigt sein, eine nachträgliche Überprüfung dieser Maßnahme von derselben oder einer anderen Instanz innerhalb bestehender[2] Rechtsmittelwege zu

---

[1] Vgl. KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 288; MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 44 zu § 81 StPO.

[2] Denn eine weitere (im Gesetz nicht vorgesehene) Instanz eröffnet die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs nicht; ausgestanden sein dürfte heute die Streitfrage, ob eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach § 308 Abs. 1 S. 1 StPO eine in § 310 StPO nicht vorgesehene weitere Beschwerde eröffnet (hierfür haben sich z.B. ausgesprochen: OLG Braunschweig, NJW 1953, 236 (236); OLG Stuttgart, GA 1955, 126 (127); OLG Koblenz, JZ 1959, 31 (31) mit Anmerkung von EB. SCHMIDT, JZ 1959, 31 f; in der Literatur etwa JAGUSCH, NJW 1962, 1645 (1645, 1646); EB.Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, Rdnr. 2 zu § 310 StPO; SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 89). Diese Streitfrage hat aber durch Einführung der §§ 33 a, 311 a StPO durch das StPÄG vom 19.12. 1964 an Aktualität verloren und wird darüber hinaus von der herrschenden Meinung im entgegengesetzten Sinne entschieden (vgl. OLG Hamburg, NJW 1965, 212 (213); OLG Koblenz, NJW 1972, 653; EB. SCHMIDT, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (StPO), 1967, Anm. 2 zu § 310 StPO; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Einl.Kap. 13, Rdnr. 98, der ausdrücklich klarstellt, daß Art. 103 Abs. 1 GG nicht einen vom Gesetz nicht vorgesehenen (zustäzlichen) Rechtsmittelweg, insbesondere eine weitere Instanz, eröffnet; so auch RÖHL, MDR 1955, 522 (524); HENCKEL, ZZP 77 (1964), 321 (331 - 335 mit umfangreichen Nachweisen).

erreichen. Nur hierdurch kann den in Art. 103 Abs. 1 GG verkörperten Werten Ausdruck verliehen und gleichzeitig die Bedeutung zugewiesen werden, die diesem Grundrecht gebührt[1] und die in letzter Konsequenz darin besteht, zu verhindern, daß das rechtliche Gehör für ganze Bereiche strafprozessualer Zwangsmaßnahmen praktisch abgeschafft wird[2]. Denn letzteres stellte eine Mißachtung der Menschenwürde dar, die eklatant verfassungswidrig[3] und deshalb unzulässig wäre, weil es den in Art. 103 Abs. 1 GG niedergelegten Anspruch auf rechtliches Gehör negierte[4].

Aus diesen Überlegungen heraus sollte deshalb das Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme innerhalb des Beschwerdeverfahrens der §§ 304 ff StPO zulässig sein, da es dem von der Anordnung Betroffenen zum einen den in dieser Verfahrenslage effektivsten Rechtsschutz gewährt, zum anderen, weil auf diese Weise dem Verfassungsrechtlichen Gebot auf Gewährung rechtlichen Gehörs bereits vor dem zuständigen Fachgericht entsprochen

---

[1] BÖHMER, Verhandlungen des 50. DJT. Bd. II Teil I (Diskussion), S. 176 f (178).

[2] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 117.

[3] von WINTERFELD, NJW 1961, 849 (852).

[4] Vgl. DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 8 zu Art. 103 GG; DAHS, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 1965, S. 6 und S. 48 (Fn. 1).

werden kann[1].

---

[1] In Verfolg dieser Meinung werden gleichzeitig alle diejenigen Fälle erfaßt, die auch nach Einführung des § 33 a StPO von der herrschenden Meinung weiterhin ausgeschlossen bleiben, nämlich diejenigen, die sich in ihrem Vollzug erschöpfen oder die nachträglich, aber vor Anhörung aufgehoben werden. Bei der Mehrzahl der so von § 33 a StPO nicht erfaßten Fälle ist aber die Verletzung des rechtlichen Gehörs - wie oben ausgeführt - evident und eine Verfassungsbeschwerde wäre zumindest zulässig. Damit wäre auch das Ziel des Gesetzgebers, durch Einführung der §§ 33 a, 311 a StPO das Bundesverfassungsgericht wegen Grundrechtsverstoßes gegen das rechtliche Gehör arbeitsmäßig zu entlasten, nicht erreicht (DÜNNEBIER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Rdnr. 6 zu § 33 a StPO, der dann dem § 33 a StPO auch nur eine "beschränkte Reparaturbefugnis" zuerkennt; vgl. KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 79/80; FALLER, Anmerkung zu BGHSt 23, 102 in LM (StPO), Nr. 1 zu § 33 a StPO; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Einl. Kap. 13, Rdnr. 96).

D R I T T E R T E I L

Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Untersuchungshandlungen, die die Ermittlungsbehörden nur bei "Gefahr im Verzug" haben treffen können

A. Zuständigkeit für Eingriffe

Der Begriff "Gefahr im Verzug" wird in der Strafprozeßordnung des öfteren in Bezug auf strafprozessuale Untersuchungshandlungen gebraucht und räumt bei Annahme seiner Voraussetzungen Staatsanwaltschaft und Polizei Befugnisse ein, die wegen der Schwere des Eingriffs und der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen grundsätzlich nur dem Richter vorbehalten sein sollen[1].

Der Begriff "Gefahr im Verzug" ist zu definieren als die durch Tatsachen begründete, naheliegende Möglichkeit, daß ohne sofortigen Vollzug der mit dem Zwangsmittel angestrebte Erfolg entfallen würde[2].

Die Wendung "Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung" (§ 81 a Abs. 2 StPO) stellt im Vergleich zu der Wendung "Gefahr im Verzug" lediglich eine gesetzestechnisch klarere Formulierung dessen dar, was auch schon bisher unter letzterer verstanden wurde[3].

---

[1] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 54.

[2] RGSt 37, 32 (34); vgl. auch eingehend zu diesem Begriff die Erläuterungen bei DÜNNEBIER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. II 2 zu § 98 StPO.

[3] So MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23 Aufl. 1976, Rdnr. 53 zu § 81 a StPO.

Der Gesetzgeber hat der Staatsanwaltschaft und der Polizei, soweit ihre Beamten Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind, § 152 GVG, für eine Vielzahl strafprozessualer Untersuchungshandlungen bei Vorliegen obiger Voraussetzungen eine ersatzweise Zuständigkeitsbefugnis zugewiesen.

Lediglich der Staatsanwaltschaft ist eine solche Notzuständigkeit bei folgenden Untersuchungshandlungen zugewiesen: Der Staatsanwalt ist befugt zur Beschlagnahme von Postsendungen und Telegrammen im Sinne der §§ 99, 100 Abs. 1 StPO, wie auch zur Anordnung der Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger, §§ 100 a, 100 b Abs. 1 StPO.

Beide Ermittlungsorgane können von der Notzuständigkeit Gebrauch machen, soweit es das Recht zur vorläufigen Festnahme, § 127 Abs. 2 StPO betrifft; diese Befugnis wird ihnen gleichfalls zugestanden bei Anordnungen, die die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen beeinträchtigen können, §§ 81 a Abs. 2, 81 c Abs. 5 StPO, oder solchen, die auf Durchsuchungen von Personen oder Sachen abzielen, § 105 Abs. 1 StPO. In das Vermögen können sie mittels Beschlagnahme eingreifen, § 98 Abs. 1 StPO.

Den Finanzbehörden steht die Befugnis zu, Beschlagnahmen, Notveräußerungen, Durchsuchungen und Untersuchungen anzuordnen, und zwar in dem Rahmen, in dem auch Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft nach den jeweiligen Vorschriften der Strafprozeßordnung tätig werden können, § 399 Abs. 1, Abs. 2 AO[1]. Gemeint sind also insbesondere die subsidiären Eingriffsbefugnisse bei Vorliegen von Gefahr im Verzug.

---

[1] Voraussetzung hierfür ist indes, daß das Finanzamt das Ermittlungsverfahren wegen eines Steuervergehens auf Grund des § 386 Abs. 2 AO selbständig durchführt.

Die gleiche Rechtslage ergibt sich aus § 404 S. 2, 3 AO bezüglich der Steuer- und Zollfahndung für die in § 404 S. 1 AO aufgeführten Behörden und ihre Beamten.

B. Rechtsschutz gegen Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen der Staatsanwaltschaft, §§ 98 Abs. 1, 100 Abs. 1, 132 Abs. 2, 105 Abs. 1 StPO, bzw. der Finanzbehörde, §§ 386 Abs. 2, 385 Abs. 1 AO

I. Rechtsschutz bei nicht erledigten Eingriffen

Als Rechtsbehelf kommt der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Sinne des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO in Betracht.

Dieser Antrag auf Einholung einer richterlichen Entscheidung ist ausdrücklich nur bezogen auf Beschlagnahmen im Sinne des § 98 Abs. 1 StPO in Verbindung mit §§ 94 ff StPO, soweit diese von der Staatsanwaltschaft bei Vorliegen von "Gefahr im Verzug" angeordnet worden sind.

Gleichwohl bezieht dieser Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach heute wohl allgemein vorherrschender Meinung in entsprechender Anwendung auch alle die im achten Abschnitt der Strafprozeßordnung aufgeführten Untersuchungshandlungen mit ein, die auf eine Beschlagnahme

abzielen[1]. Also sei die analoge Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO gerechtfertigt, weil die Regelung der Beschlagnahme in ihrer Grundstruktur denen der Haussuchung insoweit ähnlich sei, als die Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft bei diesen Eingriffen erst bei Vorliegen von Gefahr im Verzug gegeben sei[2].

Wegen der gemäß §§ 100 Abs. 1 und 132 Abs. 2 StPO veranlaßten Beschlagnahmeanordnungen durch die Staatsanwaltschaft gilt der Rechtsbehelf des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO entsprechend; dies ergibt sich aus Verweisungen in §§ 100 Abs. 4 S. 1 und 132 Abs. 3 S. 2 StPO.

---

[1] Vgl. bereits das OLG Rostock bei Alsberg I, OLGE, Str.Proz., S. 238 (239), das gegen eine Durchsuchungsanordnung des erkennenden Gerichts gleichwohl die Beschwerde gemäß § 304 Abs. 1 StPO für zulässig erachtet hat, obwohl § 305 S. 2 StPO die Durchsuchung nicht erwähnt und zwar mit folgender Erwägung: Die gleichen Gründe, die dazu geführt hätten, die Beschlagnahme als Ausnahmefall in den Katalog des Satzes zwei in § 305 StPO aufzunehmen, rechtfertigen eine Ausdehnung der in § 305 S. 2 StPO niedergelegten Ausnahmen auf die Anordnung einer Durchsuchung. Bei der Anordnung einer Durchsuchung durch einen Staatsanwalt oder einen Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft müßten deshalb die gleichen Gründe bestimmend sein, zumal sich die Anordnung zur Durchsuchung von der eines Richters lediglich dadurch unterscheide, als Anordnungen von Staatsanwälten oder ihrer Hilfsbeamten nur bei Annahme des Vorliegens von "Gefahr im Verzug" ergehen dürften (vgl. auch DÜNNEBIER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. 7 a zu § 105 StPO; KG JR 1972, 297 (298); OLG Celle, JR 1973, 339 (340); KLEINKNECHT, StPO, Anm. 9 zu § 105 StPO; ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (106)).

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 31; SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1820).

II. Rechtsschutz nach Erledigung eines Eingriffs

1. Ausschluß jeglichen Rechtsschutzes vor den ordentlichen Gerichten

Von der wohl als vorherrschend zu bezeichnenden Meinung wird das Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Anordnung im Rahmen des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO als unzulässig abgelehnt mit der Begründung, dem Strafverfahrensrecht seien Entscheidungen fremd, die sich in der bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten Anordnung erschöpften[1]. Da die Beschlagnahme durch eine gerichtliche Entscheidung nicht rückgängig gemacht oder die Durchführung nicht mehr aufgehalten werden könne[2], fehle es an der für jedes Rechtsmittel erforderlichen Beschwer[3].

---

[1] KG, JR 1972, 297 (298); KG, NJW 1975, 354 (355); SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (347): zwar bezieht sich SCHENKE in diesem Aufsatz lediglich auf Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei; die grundsätzliche Stellungnahme zum Geltungsbereich des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ist aber gleichfalls übertragbar auf die strafprozessuale Tätigkeit des Staatsanwalts im Rahmen des § 98 StPO, zumal Staatsanwalt wie auch Polizei nur ersatzweise für den Richter tätig werden; vgl. jetzt auch SCHENKE, NJW 1975, 1529; siehe auch SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 10 a zu § 23 EGGVG; allgemein den geringen Wert des Rechtsbehelfs bemängelt FREYBERG, Über die Beschlagnahme, Diss., 1971, S. 131/132.

[2] KG, JR 1972, 297 (298); KG, NJW 1975, 354 (353); OLG Celle, NJW 1973, 863; OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (172), in Bezug auf eine Maßnahme im Sinne des § 81 c StPO.

[3] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 17 vor § 296 StPO: "Die Beschwer kann fehlen, wenn der sie ausmachende Mangel aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr behoben werden kann. Sie kann auch nachträglich entfallen, z.B. durch Zurücknahme der Anordnung, Aufhebung der Entscheidung aus anderem Anlaß, oder durch den Fortgang des Verfahrens prozessual überholt werden".

Der Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG scheide von vornherein aus. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verfahrensart der §§ 23 ff EGGVG sei neben der Sperre des § 23 Abs. 3 EGGVG das Erfordernis des Vorliegens einer "Maßnahme" im Sinne des § 23 Abs. 1 EGGVG, die rechtlich als ein Justizverwaltungsakt qualifiziert werden müsse[1]. Die Anordnungen der Staatsanwaltschaft zur Haussuchung oder Beschlagnahme seien aber lediglich Prozeßhandlungen, Maßnahmen also, die die Staatsanwaltschaft in Wahrnehmung einer primär richterlichen Kompetenz als Rechtspflegeorgan zur Einleitung bzw. Durchführung eines Strafverfahrens treffe[2]. Wegen ihrer funktionalen Bedeutung für das Strafverfahren müsse diese Tätigkeit deshalb dem Bereich der Rechtsprechungstätigkeit zugeordnet werden, unterfalle also nicht den §§ 23 ff EGGVG[3].

Soweit der Rechtsschutzsuchende eine Grundrechtsverletzung geltend mache, stehe ihm das Verfassungsbeschwerdeverfahren offen[4].

---

[1] OLG Hamm, NJW 1973, 1089 (1090); OLG Stuttgart, NJW 1972, 2146; STICH, DÖV 1960, 368 (369); ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (105); derselbe JVBl. 1968, S. 1 (4); KOHLMANN, ZRP 1972, 211 (213).

[2] OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171).

[3] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 A zu § 23 EGGVG; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 6 B zu § 23 EGGVG; MÜLLER-SAX (KMR) StPO, Anm. 3 zu § 147 StPO; LÜKE, JuS 1961, 205 (207); KAISER, NJW 1961, 200 (201); ALTENHAIN, DRiZ 1966, 361 (362) und DRiZ 1970, 105 (106); KOHLMANN, ZRP 1972, 211 (213); HENNEBERG, DB 1973, 1468 (1471).

[4] OLG Celle, NJW 1973, 339 (341); vgl. auch OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (172), das eine solche Praxis ausdrücklich als nicht mit Art. 19 Abs. 4 GG übereinstimmend für rechtsstaatlich unbedenklich hält.

2. Die Ansicht des Kammergerichts

Dagegen hat das Kammergericht in einer neueren Entscheidung[1] anfänglich untersucht, ob eine Notwendigkeit bestehe, wegen des Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG auf möglichst lückenlosen Rechtsschutz, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO in erweiternder Auslegung auf die Fälle bereits erledigter Eingriffe anzuwenden, also eine nachträgliche, lediglich feststellende Entscheidung über die Rechtswidrigkeit eines solchen Eingriffs zuzulassen. Der Senat bezieht zwar eine erweiternde Auslegung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO in seine Erwägungen ein, lehnt jedoch eine solche Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ab mit der Begründung, ein Rechtsschutzziel dieser Art sei dem Strafverfahrensrecht fremd. Eine analoge Anwendung von Vorschriften, die wie § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG ein solches Rechtsschutzziel beinhalten, scheide aus. Eine derartige Erweiterung des Rechtsschutzes im Rahmen der Strafprozeßordnung sei allenfalls nur dann vertretbar, soweit nicht auf andere Weise dem Verfassungsgebot aus Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung getragen werden könne. Im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG meint der Senat eine solche (andere) Verfahrensart gefunden zu haben, die auch wegen § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG die Überprüfung der Rechtmäßigkeit bereits erledigter Eingriffe zulasse. Entgegen der vorher dargelegten Meinung (vgl. 1.) hält das Kammergericht die Zulässigkeit dieses Rechtsweges auch dann noch für gegeben, obwohl die Anordnungen der Staatsanwaltschaft auf Beschlagnahme und Durch-

---

[1] KG, JR 1972, 297 (297); so auch die unveröffentlichte Entscheidung des Oberlandesgerichtes Hamburg, Beschluß vom 6.12.1966 - VAs 87/66 -, in dem grundsätzlich der Rechtsschutzweg der §§ 23 ff EGGVG gegen eine erledigte Anordnung auf Haussuchung durch die Staatsanwaltschaft für zulässig erachtet worden ist (besprochen ist dieser Beschluß bei ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (106)).

suchung nach vorherrschender Ansicht rechtlich als Prozeßhandlungen zu qualifizieren sind[1]. Einschränkend erklärt das Kammergericht solche Prozeßhandlungen aber lediglich dann im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG für anfechtbar, soweit diese Eingriffe sich gegen Personen gerichtet hätten, die am Strafverfahren selbst nicht beteiligt gewesen seien, diese Personen also ansonsten keinerlei Möglichkeit hätten, "das Gericht zu einer Überprüfung solcher Entscheidungen der Staatsanwaltschaft zu veranlassen"[2].

3. Bejahung eines nachträglichen, lediglich feststellenden Rechtsschutzzieles im Rahmen des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO

Um den oben aufgeführten Bedenken auszuweichen und um weitestmöglich dem Gebot aus Art. 19 Abs. 4 GG zu entsprechen, hält eine Mindermeinung die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Eingriffs auch im Rahmen der Strafprozeßordnung für statthaft. Für Beschlagnahme und Durchsuchungsanordnungen sei deshalb auch nach deren Erledigung weiterhin der Rechtsbehelf des § 98 Abs. 2 S.2 StPO

---

[1] Diese Ansicht ist aber nicht unbestritten, vgl. hierzu Bruns, Ablehnung eines Staatsanwalts aus den Gründen des § 24 StPO, insbesondere wegen Besorgnis der Befangenheit? in: Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag, 1970, S. 42 (51).

[2] KG, JR 1972, 297 (298); diese Ansicht des Senats findet ihre Bekräftigung in einem Beschluß des Kammergerichts vom 16.9.1975 - 2 VAs 55-56/75-, veröffentlicht in GA 1976, 79 (80); den Anspruch dieses Personenkreises auf Gewährung rechtlichen Gehörs betont auch ZEUNER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Festschrift für Hans Carl Nipperday zum 70. Geburtstag, 1975, Bd. I, S. 1013 ff (1038).

zulässig[1]. Der Rechtsbehelf des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO gewähre dem Rechtsschutzsuchenden im Vergleich zu dem Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG unter dem Aspekt des Art. 19 Abs. 4 GG eine wirksamere Kontrolle des zu überprüfenden Eingriffs. So entscheide über die Rechtmäßigkeit von Ermittlungshandlungen einerseits der mit den Eingriffsmaßnahmen der Strafprozeßordnung allgemein befaßte und betraute zuständige Strafrichter - also der Ermittlungsrichter bzw. das erkennende Gericht -, im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG entscheide dagegen ein Senat des Oberlandesgerichts, § 25 Abs. 1 EGGVG. Die Heranziehung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO gewährleiste also eine größere Sach- und Ortsnähe des die Entscheidung fällenden Richters. Während der Strafrichter eine umfassende tatsächlich und rechtliche Überprüfung der beanstandeten Maßnahme anstelle, bevor er eine Entscheidung fälle, würdige der zuständige Senat des Oberlandesgerichts diese lediglich auf Grund einer revisionsähnlichen, also mehr rechtlichen Betrachtungsweise[2].

Auch lasse das Verfahren nach der Strafprozeßordnung in der Regel eine zügige und sachgerechte Entscheidung des Strafrichters erhoffen, während das Verfahren vor dem Oberlandesgericht nach den

---

[1] Vgl. PETERS, JR 1972, 300 (301); WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 116/117; HAFFKE, NJW 1974, 1983 (1985); BLEI, JA 1972, 575 (576); KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 146; vgl. auch ZIMMERMANN, Der Deutsche Rechtspfleger 1962, 42 ff (44), der den § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO und § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG einen allgemeinen Rechtsgrundsatz entnimmt; AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 49 ff.

[2] PETERS, JR 1972, 300; SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (348).

§§ 23 ff EGGVG losgelöst von konkreten Strafverfahren eine nicht entsprechend zügige Entscheidung erwarten lasse[1]. Eine Verzögerung des richterlichen Spruchs laufe aber dem berechtigten Interesse des Rechtsschutzsuchenden an einer möglichst schnellen Entscheidung über seinen Antrag zuwider.

Rein kostenmäßig erweise sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO für den Rechtsschutzsuchenden als der für ihn günstigere Rechtsweg, entständen doch für die Anrufung des Strafrichters im Gegensatz zu dem Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG keine Kosten, § 30 EGGVG[2].

4. Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG

Andere Autoren halten bei erledigten Anordnungen der Staatsanwaltschaft die §§ 23 ff EGGVG deshalb für "sicherlich einschlägig", weil die Strafprozeßordnung bei erledigten Anordnungen die Möglichkeit der Anrufung des Strafrichters nicht vorsehe und sich eine analoge Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auf diesen Fall verbiete, zumal dem Strafverfahrensrecht eine "ganz anders geartete Teleologie" als den

---

[1] Vgl. SCHENKE, Verw.Arch. 60 (1969), 332 (348).

[2] SCHENKE, Verw.Arch. 60 (1969), 332 (348).

§§ 23 ff EGGVG innewohne[1] und in ihm kein dem § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG entsprechendes Verfahren vorgesehen sei[2].

5. Rechtsschutz in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht

Nach gänzlich anderer Meinung sollen dagegen Anordnungen der Staatsanwaltschaft, zumindest soweit sie strafprozessuale Maßnahmen betreffen, die als Verwaltungsakte zu qualifizieren seien, im Verwaltungsrechtswege anfechtbar sein, § 42 VwGO, es sei denn, die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerich-

---

[1] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (347); ebenso PFENNIG, JA 1976, 321 (323); MALORNY, JA 1976, 325 (33); vgl. auch STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734 (1736), die bei allen im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft angeordneten Zwangsmaßnahmen nach den §§ 81 a ff StPO die §§ 23 ff EGGVG für anwendbar halten; zwar geht der Bezug auf die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, BayVerfGH 21 (1968), 177 (179), insoweit fehl, als es sich in dieser Entscheidung nur um die Durchführung einer vom Gericht angeordneten Vollstreckung durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 StPO handelte. Andererseits zeigt der Hinweis von STRUBEL-SPRENGER auf KLEINKNECHT, StPO, Anm. 12 zu § 81 a StPO, daß sie hiermit wohl nur Anordnungen gemeint haben können, die die Staatsanwaltschaft von sich aus und ohne vorherige Einschaltung des Gerichts getroffen hat (vgl. auch BayVerfGH 21 (1968), 117 (179); siehe auch ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1962, Anm. IV 3 zu § 42 VwGO (s. 154), der zur Überprüfung von staatsanwaltschaftlichen Anordnungen nach den §§ 81 a, 81 b, 81 c StPO, nach Einführung der §§ 23 ff EGGVG die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für begründet hält. Ob ULE a.a.O. diesen Rechtsweg indes auch in Bezug auf Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen für gegeben hält, ist seinen Ausführungen ebensowenig klar zu entnehmen wie die Klärung der Frage, ob - unterstellt, ULE bejahe den Vorrang des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog) vor der Verfahrensart der §§ 23 ff EGGVG - nach Erledigung der Maßnahme den Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG zulässig werde.

[2] SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1821).

tes sei vorrangig begründet[1].

6. Stellungnahme

a) Bewertung der aufgezeigten Lösungsgänge

Allen aufgezeigten Meinungen - mit Ausnahme der wohl vorherrschenden Meinung (vgl. oben II. 1.) - ist das Bemühen gemeinsam, bei staatsanwaltschaftlich angeordneten und erledigten Beschlagnahmen oder Durchsuchungen im Rahmen der bestehenden Prozeßordnungen Rechtsschutz zu gewähren. Angesprochen und zur Diskussion gestellt sind hier der richterliche Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO bzw. den §§ 23 ff EGGVG und der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten, § 40 Abs. 1 VwGO.

Die Ansicht von PETERS, das Verfahren gemäß den §§ 23 ff EGGVG sei für den Rechtsschutzsuchenden ungünstiger als der Rechtsbehelf nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, weil das gemäß § 25 EGGVG erstinstanzlich zuständige Oberlandesgericht eine revisionsähnliche, rein rechtliche Ent-

---

[1] ULE, Verwaltungsgerichtbarkeit, 2. Aufl. 1962, Anm. IV 3 zu § 42 VwGO (S. 154), der zwar nur die Anordnung der §§ 81 a, 81 b und 81 c StPO wörtlich aufgeführt hat; gleiches wird aber grundsätzlich gelten müssen bei Anordnungen der Staatsanwaltschaft in Bezug auf Beschlagnahmen und Durchsuchungen, da mit Ausnahme des § 81 b StPO in allen Fällen die Anordnungen der Staatsanwaltschaft lediglich ersatzweise für den Richter ergehen.

scheidung fälle[1], kann nicht unwidersprochen bleiben. Auch das Oberlandesgericht als Eingangsgericht hat den Antrag gemäß den §§ 23 ff EGGVG vollständig, d.h. in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen[2]. Die gegenteilige Auffassung würde das Gericht an eine behördliche Tatsachenfeststellung binden[3]. Eine solche Bindung ist aber unvereinbar mit der Unabhängigkeit des Richters und seiner Rolle als neutraler Dritter zwischen streitenden Parteien, wie auch mit dem Verfassungsgebot

---

[1] PETERS, JR 1972, 300; vgl. auch die Auffassung des KG, NJW 1968, 608: Der Senat bestreitet, im Verfahren der §§ 23 ff EGGVG eine "verwaltungsgerichtliche Tatsacheninstanz" zu sein. So habe der Gesetzgeber die Überprüfung von Justizverwaltungsakten den Oberlandesgerichten und nicht den Verwaltungsgerichten überlassen; zum anderen seien über § 29 Abs. 2 EGGVG auf das Verfahren vor den Strafsenaten der Oberlandesgerichte die Bestimmungen der Strafprozeßordnung entsprechend anwendbar. Folglich sei wegen § 309 Abs. 1 StPO eine mündliche Verhandlung über den Antrag nach den §§ 23 ff EGGVG unzulässig. Lediglich in der Frage der Beweiserhebung dürfe es sich wegen Art. 19 Abs. 4 GG nicht auf eine rein rechtliche Prüfung beschränken, sondern müsse notfalls auch Tatsachen feststellen lassen. Hierzu könne es sich aber wegen § 308 Abs. 2 StPO der Hilfe eines ersuchten Richters, der Staatsanwaltschaft oder der Polizei bedienen; ähnlich bereits der Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 26.10.1962 - 1 VAs 13/62 -, mitgeteilt bei ALTENHAIN, JZ 1966, 16 ff (18), in dem eine Beweiswürdigung durch den Senat abgelehnt wird; kritisch hierzu LORENZ, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 271, Fn. 4, 5 mit weiteren Nachweisen.

[2] BFH, NJW 1955, 967 (968); BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, 2. Aufl. 1972, S. 779 (810); DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 47 zu Art. 19 Abs. 4 GG; SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1821).

[3] HAMANN/LENZ, GG, Anm. 12 zu Art. 19 GG; LEIBHOLZ/RINCK, GG, Rdnr. 10 zu Art. 19 GG.

aus Art. 19 Abs. 4 GG, keinen Akt der öffentlichen Gewalt einer umfassenden und effektiven Rechtskontrolle zu entziehen. Eine solche umfassende Kontrolle ist aber nur dann gewährleistet, wenn das Oberlandesgericht den Sachverhalt auch in tatsächlicher Hinsicht von sich aus feststellt. Diese Ansicht teilt auch das Bundesverfassungsgericht; so heißt es in einer Entscheidung in Bezug auf das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG: "Die Oberlandesgerichte haben, wenn sie über die Rechtmäßigkeit von Justizverwaltungsakten entscheiden, nicht die Stellung von Revisionsgerichten, die den (richterlich) festgestellten Sachverhalt nicht nachzuprüfen haben, sondern sind, wie jede verwaltungsgerichtliche Tatsacheninstanz, verpflichtet, den Sachverhalt selbst festzustellen ... Das bedeutet, daß sie gegebenenfalls, insbesondere wenn die behördlichen Tatsachenfeststellungen bestritten sind, auch Beweis erheben müssen. Nur in dieser Auslegung genügen die §§ 23 ff EGGVG dem Art. 19 IV GG"[1].

b) Vergleich des nach der Strafprozeßordnung möglichen Rechtsschutzes mit dem nach den §§ 23 ff EGGVG

PETERS hat aufgezeigt, zu welchen Zufälligkeiten und Ungereimtheiten es bezüglich des Rechtsweges kommen kann, wenn man der wohl herrschenden Meinung folgt[2]. So ist der Strafverfahrensrichter zuständig, soweit die jeweilige strafprozessuale Untersuchungshandlung noch andauert. Sobald sie beendet ist, wobei die Frage erlaubt ist, welche genauen Kriterien hierfür maßgeblich sein sollen, ist das Oberlandesgericht im

---

[1] BVerfGE 21, 191 (195); vgl. auch BVerfGE 15, 275 (282); 18, 203 (212); 28, 10 (14/15); 31, 113 (117).

[2] PETERS, JR 1972, 300.

Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG zuständig. Zumindest für den in der Regel rechtsunkundigen Betroffenen dürfte es bisweilen schwierig sein, zu erkennen, ob die strafprozessuale Untersuchung noch andauert oder ob sie nur kurzfristig unterbrochen worden ist. Es kann somit von wenigen Minuten abhängen, ob der Betroffene den richtigen Rechtsweg gewählt hat[1]. So könnte etwa der Rechtsschutz des Betroffenen bei einer Haussuchung abhängig sein vom Arbeitstempo der sie betreibenden Beamten oder von der Auslastung der Telefonzentrale beim Amtsgericht, die verhinderte, den nur bis zur Beendigung der Maßnahme zuständigen Amtsrichter zu erreichen. Andererseits können die ermittelnden Beamten den Rechtsschutz des Bürgers durch eigene Eingriffe manipulieren, indem sie z.B. das Telefon des betroffenen Wohnungsinhabers besetzen[2]. Aus diesem Beispiel wird ersichtlich, daß die Träger öffentlicher Gewalt letztlich selbst darüber bestimmen könnten, ob überhaupt und bejahendenfalls in welcher Form gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen seiner Beamten der Bürger ein Gericht um Rechtsschutz anrufen könnte[3].

PETERS weist auf die Problematik hin, die dann entstehen kann, wenn der Durchsuchung eine Beschlagnahme folgt. Gegen letztere bestehe die Möglichkeit, Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO zu stellen. Bejahe man auch gegen die zeitlich vorgelagerte und im jetzigen Zeit-

---

[1] PETERS, JR 1972, 300, nennt als Beispiel einer Verzögerung einen Verkehrsunfall desjenigen, der den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO stellen will, diesen aber wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Erledigung der Maßnahme nicht mehr stellen kann.

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 50.

[3] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 51.

punkt völlig abgeschlossene Durchsuchung eine Überprüfung der Rechtswidrigkeit der staatsanwaltschaftlich angeordneten Zwangsmaßnahme, so liefen doppelte Kontrollverfahren[1]. Umschlösse dagegen die Entscheidung über eine Beschlagnahme gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO gleichzeitig eine Bestätigung oder Nichtbestätigung der auf die Beschlagnahme abzielenden Durchsuchung, so würde der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO nur bei erfolgter Beschlagnahme der richtige Rechtsbehelf sein, bei erfolgloser Durchsuchung hingegen wären die §§ 23 ff EGGVG die richtige Verfahrensart.

Bedeutsam ist auch der aus § 25 Abs. 1 EGGVG dem Betroffenen entstehende Nachteil, daß das Oberlandesgericht - abgesehen von dem in § 29 Abs. 1 S. 2, 3 EGGVG geregelten Fall - gleichzeitig Eingangsgericht und einziges Instanzgericht ist[2]. So ist im Bundesland Nordrhein-Westfalen für den in § 23 Abs. 1 EGGVG angesprochenen Bereich der Strafrechtspflege und den Strafvollzug gemäß der gesetzlich eingeräumten Wahlmöglichkeit des § 25 Abs. 2 EGGVG das Oberlandesgericht Hamm als einziges Oberlandesgericht unter den drei Oberlandesgerichten dieses Landes für zuständig erklärt worden[3]. Folglich ist auch für den Antragsteller oftmals ein Gericht zuständig, das sehr weit von seinem Wohnort

---

[1] Vgl. PETERS, JR 1972, 300, der darauf verweist, daß bei noch nicht aufgehobener Beschlagnahme der Betroffene den Antrag auf gerichtliche Entscheidung, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, stellen müsse; gegen die erledigte Durchsuchung könnte er dann gleichzeitig ein Verfahren vor dem Oberlandesgericht nach den §§ 23 ff EGGVG anstrengen.

[2] Vgl. die kritischen Anmerkungen zur Zuständigkeitsregelung bei SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 2 vor § 23 EGGVG; zu den Reformbestrebungen vgl. denselben in Anm. 13 zu § 23 EGGVG.

[3] Vgl. das hierzu ergangene Gesetz vom 8.11.1960, GV NW 352.

entfernt ist. Diese Tatsache kann sich als eine Erschwerung des Zugangs zum Gericht erweisen[1], zumindest für solche Personengruppen, die als Angehörige der Unterschichten bereits überverhältnismäßig oft von der Strafverfolgung betroffenen werden[2], und vor Inanspruchnahme höherer Gerichte in stärkerem Maße zurückschrecken als etwa Angehörige der Mittelschicht[3].

Hiermit einhergehend würde die Verfahrensstellung der Staatsanwaltschaft faktisch in besonderem Maße verstärkt. Diese Tatsache, verbunden mit der Wahrnehmung der ihr eingeräumten Notzuständigkeit, könnte die Staatsanwaltschaft geradezu zu einem Mißbrauch der ihr lediglich ersatzweise zustehenden Befugnisse herausfordern[4].

c) Ausschluß des Verfahrens nach den §§ 23 ff EGGVG

Haben bisher kriminalpolitische Gründe gegen das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG und für den Rechtsbehelf des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO gesprochen, so

---

[1] So AMELUNG, JZ 1975, 526 (528); vgl. auch das Bundesverfassungsgericht, JZ 1976, 23 (24), insoweit es davon ausgeht, daß der Rechtsweg nicht in unzumutbarer Weise erschwert werden dürfe, insbesondere den ersten Zugang zum Gericht anbetreffend; vgl. auch noch KERN-WOLF, Gerichtsverfassungsrecht, 5. Aufl. 1975, S. 176/177, der aus dem Justizgewährungsanspruch die Forderung herleitet, "Gerichte in ausreichender Zahl und 'lokaler Streuung" zur Verfügung zu stellen, damit jeder Bürger mit angemessenem Aufwand ein Gericht erreichen kann. Die Konzentration der Eingangsgerichte auf wenige Zentren würde den Justizgewährungsanspruch erheblich beeinträchtigen"; STEINKE, Kriminalistik 1976, 6 (8).

[2] Vgl. hierzu die kriminologischen Untersuchungen von KAISER, Kriminologie, 2. Aufl. 1973, S. 77.

[3] LUHMANN, Rechtssoziologie, Bd. 2, 1972, S. 273.

[4] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 33.

drängt sich, bedingt durch das Verhältnis der nach der Strafprozeßordnung zu Zwangsmaßnahmen befugten Anordnungsorgane zueinander[1], die Einschaltung des Strafverfahrensrichters geradezu auf[2].

So ist von der gesetzlichen Regel her allein der Richter befugt, strafprozessuale Zwangsmaßnahmen anzuordnen, die schwerwiegende Eingriffe in die Persönlichkeitsphäre des Einzelnen darstellen[3]. Für den Fall der Beschlagnahmeanordnung ist dies ausdrücklich niedergelegt in § 98 Abs. 1 S. 2 StPO, wonach grundsätzlich nur dem Richter, im Ausnahmefall des Vorliegens der Voraussetzungen von "Gefahr im Verzug" auch dem Staatsanwalt und seinen Hilfsbeamten diese Beschlagnahmeanordnungsbefugnis zugesprochen wird.

Diese in der Strafprozeßordnung gesetzlich verankerte primäre Eingriffsbefugnis des Richters steht in Übereinstimmung mit der verfassungsgerichtlichen Erkenntnis, daß nur der Richter die Gewähr dafür biete, bei lediglich vorläufigen Maßnahmen[4] sachgerecht[5] zu verfahren, insbesondere deshalb, "weil in die Rechte der Beteiligten ohne ausreichende Aufklärung des Sachverhalts, unter Umständen auf Grund einseitiger Sachdarstellungen einer Partei, eingegriffen werden muß ...; die Einschaltung des Rich-

---

[1] PETERS, JR 1972, 300 (301).

[2] Dies ist im Ermittlungsverfahren der Amtsrichter (BGHSt 8, 144 (146)) und nach Eröffnung des Verfahrens das erkennende Gericht.

[3] WELP, JZ 1972, 423 (425); ebenso jetzt das BVerfG, JZ 1976, 532 (533).

[4] Im Strafverfahren können als solche Maßnahmen z.B. der Haftbefehl, die Beschlagnahme oder die Durchsuchung in Betracht kommen.

[5] BVerfGE 9, 89 (97); BVerfG, JZ 1976, 532 (533).

ters soll gewährleisten, daß die Interessen auch der nicht oder nicht ausreichend gehörten Beteiligten gebührend berücksichtigt und insbesondere die gesetzlichen Voraussetzungen derartiger Eingriffe genau beachtet werden"[1]. Erachtet aber der Staatsanwalt das Vorliegen der Voraussetzungen einer "Gefahr im Verzug" für gegeben und kann die Entscheidung zur Anordnung einer hiernach erforderlichen Zwangsmaßnahme durch den Richter nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden, um den Zweck der Maßnahme nicht zu gefährden, so kann der Staatsanwalt ersatzweise eine solche Zwangsmaßnahme anordnen[2]. Hierbei hat er aber die Maßstäbe anzulegen, die der Richter bei eigener Entscheidung zu beachten gehabt hätte[3]. Der Staatsanwalt wird nun aber lediglich vorübergehend tätig und zwar anstelle des eigentlich zuständigen Richters. Nimmt der Staatsanwalt also von der Funktion her eine Aufgabe des Richters wahr, so wird er gleichzeitig in einem Bereich tätig, der grundsätzlich nur von Richtern in richterlicher Unabhängigkeit ausgeübt werden darf. Wie der Richter lediglich vorübergehend[4] als "Notstaatsanwalt" unter den Voraussetzungen des § 165 StPO stellvertretend[5] für den Staatsanwalt tätig werden darf, aber dadurch an der Tatsache nichts ändert, daß die Staatsanwaltschaft Herrin des Ermittlungsverfahrens bleibt[6], so greift der gleichsam als "Notrichter"[7] fungierende Staatsanwalt

---

[1] BVerfGE 9, 89 (97); vgl. auch WELP, JZ 1972, 423 (425).

[2] PETERS, JR 1972, 300 (301); KLEINKNECHT, StPO, Anm. 12 zu § 81 a StPO.

[3] PETERS, JR 1972, 300 (301).

[4] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 zu § 165 StPO.

[5] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 zu § 167 StPO.

[6] Vgl. BayObLGSt 3 (1953), 95 (96).

[7] PETERS, JR 1972, 300 (301).

nicht in die prinzipielle dem Richter vorbehaltene Anordnungsbefugnis ein, sondern erteilt die erforderliche Anordnung nur als dessen Vertreter. Kann somit eine solche Maßnahme eher als eine "justizielle Strafverfolgungsmaßnahme"[1] denn als ein selbständiger Justizverwaltungsakt"[1] der Staatsanwaltschaft definiert werden, so sollte hierüber auch nicht ein Gericht befinden, das an dem Verfahren selbst nicht beteiligt ist[2], sondern es sollte genügen, den eigentlich zu der Anordnung zuständig gewesenen Strafrichter die etwaige Rechtswidrigkeit des Vorgehens des Staatsanwalts feststellen zu lassen[3].

Die bereits ausgeführte primäre Anordnungsbefugnis des jeweils zuständigen Amtsrichters ist unter der Herrschaft des Art. 19 Abs. 4 GG Ausdruck eines speziellen Tributs des Strafverfahrensrechts an diese Grundrechtsbestimmung[4]. Diese präventive richterliche Kontrolle soll bei den in der Regel überraschend durchgeführten Eingriffen dem Betroffenen als Ausgleich für das fehlende rechtliche Gehör dienen[5] und gleichzeitig Schutz vor rechtswidrigen Maßnahmen der Ermittlungsgehörden gewährleisten[6]. Die Einschaltung des Richters verwirklicht demnach

---

[1] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 115 (Fn. 98); PETERS, JR 1972, 300 (301).

[2] Gemeint ist das Oberlandesgericht.

[3] BLEI, JA 1972, 575 (576).

[4] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 32; WELP, GA 1977, 124.

[5] WELP, GA 1977, 124.

[6] AMELUNG, ZZP 88 (1975), 74 (79 f).

eine präventive Kontrolle der Staatsanwaltschaft im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG[1]. Dieser gesetzlich festgelegten und grundgesetzlich durch Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Kontrolle würde zuwidergehandelt, wenn die Staatsanwaltschaft bei Wahrnehmung einer ihr nur hilfsweise eingeräumten Kompetenz die Einschaltung des Amtsrichters gänzlich, d.h. auch nachträglich, verhindern und dazu noch ihre eigene Stellung gegenüber dem zu ihrer Kontrolle tätigen Gericht verstärken könnte[2]. Denn bei Gebrauch ihrer Notkompetenz hätte sie eine gerichtliche Kontrolle in der Regel nicht mehr zu gewärtigen.

Diese Konsequenz sollte geeignet sein, dem zuständigen Richter die ihm an sich zustehende Überprüfungsbefugnis auch nach Erledigung des Eingriffs zu belassen, zumal die (erledigte) Anordnung rechtlich nicht als ein selbständiger Justizverwaltungsakt zu qualifizieren sein wird[3], so daß auch deshalb ein Rechtsschutzverfahren nach dem Modell der §§ 23 ff EGGVG ausscheidet.

d) Ausschluß des verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges

Folgerichtig scheitert auch der Versuch, Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht erlangen zu wollen. Zwar sollte die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges und die des Verfahrens nach den §§ 23 ff EGGVG nicht schon wegen des Begriffs "Verwaltungsakt" in § 23 Abs. 2 EGGVG damit ver-

---

[1] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 32.

[2] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 32/33.

[3] WELP. Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 115 (Fn. 98).

neint werden, es ermangele diesen Anordnungen an der für jeden Verwaltungsakt erforderlichen Regelungswirkung[1]. Denn der Beschlagnahme- bzw. Durchsuchungsanordnung kann der Charakter einer "einseitige(n), verbindliche(n), hoheitliche(n) Ordnung eines Lebenssachverhalts"[2] wohl kaum abgesprochen werden.

Der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO scheidet jedoch aus, da zum einen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Überprüfung der auf die Beschlagnahmen und Durchsuchungen abzielenden Anordnungen bereits in § 98 Abs. 2 S. 2 StPO bzw. im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG begründet ist[3], zum anderen, weil es sich um die Nachprüfung spezifisch strafverfahrensrechtlicher Fragen handelt[4].

e) Ergebnis

Wegen des Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG ist ein lediglich feststellendes Rechtsschutzziel statthaft. Als Rechtsbehelf kommt der Antrag auf richterliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO in Betracht, soweit der Betroffene auf eine feststellende Entscheidung anträgt und substantiiert

---

[1] Vgl. STRUBEL-SPRENGER, NJW 1972, 1734 (1739. 1735); ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1962, Anm. IV 3 zu § 42 VwGO (S. 154).

[2] WOLFF-BACHOF, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 46 V a (S. 380).

[3] ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1962, Anm. IV 3 zu § 42 VwGO (= 154), der die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte durch die §§ 23 ff EGGVG für gegeben hält; vgl. auch BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, 2. Aufl. 1972, S. 779 (825 und Fn. 255).

[4] So HENNEBERG, DB 1973, 1301 (1303): "Die Prüfung spezifisch strafverfahrensrechtlicher Fragen würde die Verwaltungsgerichte vor eine Aufgabe stellen, der sie sich nur mit Mühe unterziehen könnten, während die sachkundigen Strafsenate der Oberlandesgerichte von einer Aufgabe ferngehalten würden, die ihnen auf den Leib geschrieben ist." Vgl. auch OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171/172).

ein berechtigtes Feststellungsinteresse darlegen kann.

C. Rechtsschutz gegen erledigte Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen der zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellten Polizeikräfte, §§ 98 Abs. 1, 105 Abs. 1, 132 Abs. 2 StPO, § 152 GVG, sowie der Beamten der Zoll- und Steuerfahndungsstellen, § 404 AO

Beschlagnahmen, § 98 Abs. 1 StPO, und Durchsuchungen, § 105 Abs. 1 StPO, dürfen bei "Gefahr im Verzug" nur von solchen Polizeibeamten angeordnet und durchgeführt werden, die gemäß § 152 GVG zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt worden sind[1].

I. Rechtsschutz bei unerledigten Eingriffen

Als Rechtsschutzwege gegen solche noch nicht durch Vollzug erledigten Anordnungen der Polizei kommen in Betracht:

- Rechtsschutz durch den jeweils zuständigen Richter im Rahmen der Strafprozeßordnung, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog für Durchsuchungen);
- Rechtsschutz unter den Voraussetzungen der §§ 23 ff EGGVG;
- Rechtsschutz durch das Verwaltungsgericht nach § 40 Abs. 1 VwGO.

1. Lösung der herrschenden Ansicht

Es wird die Meinung vertreten, zur Überprüfung solcher Anordnungen könne nur der zuständige Richter im Sinne von § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog für Durchsuchungen) angerufen werden. Die hiernach angeordne-

---

[1] Vgl. die Aufstellung der von den Bundesländern erlassenen Bestellverordnungen bei SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 4 zu § 152 GVG.

ten Eingriffe seien wie diejenigen der Staatsanwaltschaft nicht Verwaltungsakte, sondern Prozeßhandlungen[1].

2. Überprüfung der Maßnahme im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG

Darüber hinaus wird vorgeschlagen, die Handlungen, die Polizeibeamte nur in ihrer Eigenschaft als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft haben treffen können, der Staatsanwaltschaft auch dann zuzurechnen, wenn diese Polizeibeamten aus eigenem Entschluß gehandelt haben, sei doch ihre Tätigkeit von der Funktion her als eine rein strafverfolgende anzusehen, und werde doch die Polizei in dieser Funktion nicht verwaltend tätig, sondern trage "zur Verwirklichung

---

[1] Vgl. OLG Hamm, DÖV 1973, 282 (283); OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171/172); KLEINKNECHT, StPO, Anm. 6 zu § 152 GVG, Anm. 9 zu § 105 StPO und Anm. 2 d bb zu § 23 EGGVG; MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23 Aufl. 1976, Rdnr. 20 zu § 105 StPO; ALTENHAIN, JZ 1965, 756 (759) und DRiZ 1970, 105 (107); MEYER, JuS 1971, 294 (297) zumindest in Bezug auf sogenannte Realakte und Verfahrenshandlungen; für den Rechtsbehelf nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO bei nicht erledigten Eingriffen tritt auch SCHENKE ein (VerwArch. 60 (1969), 332 (347/348); SCHENKE hält auch grundsätzlich für möglich, die Rechtsbehelfe nach den §§ 23 ff EGGVG und gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog) alternativ anzuwenden, will aber bis zur Erledigung einer Maßnahme den Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG ausschließen, da hierfür neben § 98 Abs. 2 S. 2 StPO im Normafall kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe; in NJW 1975, 1529 (1530) läßt SCHENKE dagegen nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, NJW 1975, 893 ff, offen, in welchem Verhältnis der Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG zu dem nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog) steht; er selbst befürwortet aber auch bei noch nicht erledigten Anordnungen den Rechtsschutz nach den §§ 23 ff EGGVG dann, wenn es dem Bürger gerade um die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme geht, denn dieses Rechtsbegehren könne der Betroffene nicht mit dem Rechtsbehelf des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO geltend machen.

des staatlichen Strafanspruchs" bei[1]. Letzteres komme auch deutlich zum Ausdruck in § 40 Abs. 2 S. 1 PrPVG, in der solchen Anordnungen ausdrücklich die Eigenschaft als polizeiliche Verfügungen abgesprochen werde[2]. Maßnahmen dieser Art seien dann wie entsprechende der Staatsanwaltschaft im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG rechtlich nachprüfbar.[2]

3. Die verwaltungsgerichtliche Lösung

Andere Autoren halten dagegen den Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG für ausgeschlossen und wollen den Rechtsschutz allein durch Verwaltungsgerichte gewährleistet sehen, da sie auch die von einem

---

[1]KÖNIG, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, 1962, S. 434/435; SCHIEDERMAIER, Einführung in das Bayerische Polizeirecht, 1961, S. 244/245: zwar hält Schiedermaier grundsätzlich den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet, auch soweit die Polizei als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft tätig geworden sei. Hiervon macht er aber die Ausnahme, daß Maßnahmen solcher Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft dann nach den §§ 23 ff EGGVG überprüfbar sein müßten, soweit diese die Maßnahmen nur in ihrer Eigenschaft als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft haben treffen können. Denn in diesem Falle diene die Polizei nur der Strafrechtspflege und habe somit den Charakter eines Justizorgans. Die Akte der Polizei bezeichnet SCHIEDERMAIER als "Justizakte im Sinne des § 179 VwGO" und bezieht hierin ausdrücklich und beispielhaft die Beschlagnahme- und Durchsuchungsmöglichkeit, §§ 98, 105 StPO, der Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug ein. Vgl. auch SCHOLLER/BROß, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 29 (auch insbesondere Fn. 66) und S. 95.

[2]Vgl. ULE-RASCH, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1965, Rdnr. 24 zu § 40 PrPVG; ALTENHAIN, Die Polizei 1963, 18 (19).

[3]ALTENHAIN, Die Polizei 1963, 18 (19); derselbe in JZ 1965, 756 (759), ALTENHAIN spricht in diesem Zusammenhang von einer "Art Prozeßstandschaft" der Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft für den Staatsanwalt; ALTENHAIN hat aber diese Ansicht später aufgegeben, Vgl. DRiZ 1970, 105 (107, Fn. 31).

Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft getroffene selbständige Anordnung weiterhin als polizeiliche Verfügung ansehen, zu deren Überprüfung allein die Verwaltungsgerichte zuständig seien[1]. Denn bei Maßnahmen von Polizeibeamten, auch soweit sie als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft aus eigenem Entschluß tätig würden, handele es sich nicht um solche einer Justizbehörde im Sinne des § 23 Abs. 1 EGGVG[2].

Dabei ist die Entscheidung dieser Autoren für den Verwaltungsrechtsweg ausschlaggebend der Begriff "Justizbehörde" im Sinne des § 23 Abs. 1 EGGVG. Dieser Begriff wird im rein organisatorischen und nicht im funktionellen Sinne verstanden. Die Polizei kann demnach, auch soweit sie in ihrer Eigenschaft als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft strafverfolgend tätig wird, keine Justizbehörde im Sinne des § 23 Abs. 1 EGGVG sein. Denn, so wird argumentiert, die der Polizei zugewiesene Aufgabe der Strafverfolgung sei eine eigene Funktion der Polizei. Diese werde hierdurch aber ebensowenig organisatorisch der Staatsanwaltschaft eingegliedert wie durch die Tatsache, daß gemäß § 152 GVG der Staatsanwalt Weisungsbefugnisse gegenüber

---

[1] MARKWORTH, DVBl. 1975, 575 (577); SAMPER, Polizeiaufgabengesetz, 3. Aufl. 1972, Rdnr. 4,5 zu Art. 47 PAG; GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 1977, S. 141/142; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, 7. Aufl. 1977, Anm. 3,5 zu § 179.

[2] Vgl. auch den Beschluß des Oberlandesgerichts Hamburg, JVBl. 1962, 181, in dem der Senat die Justizbehördeneigenschaft der Kriminalpolizei im Sinne des § 23 EGGVG verneint.

der Polizei zuständen[1], da die Polizei lediglich unterstützend für die Justizbehörde Staatsanwaltschaft tätig werde[2].

Zudem sind die Vertreter dieser Meinung der Ansicht, der von einer polizeilichen Maßnahme Betroffene sei überfordert, wenn er jedesmal zu prüfen habe, ob das Polizeiorgan in seiner Eigenschaft als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft, also repressiv, oder ob es unabhängig hiervon tätig geworden sei[3]. Auch könnten sich beide Tätigkeitsbereiche der Polizei teilweise überscheiden[3]. Allein die Eröffnung des

---

[1] Vgl. GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1975, S. 165; MARKTWORTH, DVBl. 1975, 575 (577); SAMPER, BayVwBl. 1967, 98 (99) verdeutlicht diese Meinung unter Bezugnahme auf die von ihm kritisierte Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes in BayVwBl. 1967, 97, an Hand des (bayerischen) Polizeibegriffs. Dieser sei ein rein organisatorischer, institutioneller, und unter den Begriff der Polizei fielen lediglich die Schutz- und die Kriminalpolizei. Der Funktion nach habe die Polizei laut Art. 3 PAG die ihr zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Diese zugewiesenen Aufgaben - also auch die der Strafverfolgung als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft - hätten aber lediglich Bedeutung dahingehend, als sie der Polizei neue Befugnisse erteilten. Aus der der Polizei zugewiesenen Aufgabe der Strafverfolgung, die nur eine unter vielen Zuweisungen sei, könne aber nicht gefolgert werden, daß die Polizei hiermit zu einer Justizbehörde werde. Dies sei ebenso widersinnig, als wenn die Polizei die Aufgabe zugewiesen bekäme, Schulschwänzer in die Schule zu bringen und hieraus den Schluß zu ziehen, die Polizei werde in dieser Obliegenheit als Kulturbehörde tätig; vgl. auch ALTENHAIN, JVBl. 1962, 181.

[2] EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, 7. Aufl. 1977, Anm. 3, 5 zu § 179 (unter § 23 EGGVG); GEIGER, Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexesse, in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S. 61 f (insbesondere S. 71).

[3] GÖTZ, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 1977, S. 141; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, 7. Aufl. 1977, Anm. 3 zu § 179 (unter § 23 EGGVG).

verwaltungsgerichtlichen Verfahrens biete die Gewähr, für beide Zwecke des Tätigwerdens der Polizei von vornherein eine einzige umfassende gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen.

II. Rechtsschutz bei erledigten Eingriffen

1. Rechtsschutz gemäß den §§ 23 ff EGGVG bzw. § 40 VwGO

Diejenigen Autoren, die ohne Berücksichtigung der Erledigung des Eingriffs ein Rechtsschutzverfahren gemäß den §§ 23 ff EGGVG vor dem Oberlandesgericht oder gemäß § 40 VwGO vor dem Verwaltungsgericht befürworten, bejahen wegen der §§ 28 Abs. 2 S. 4 EGGVG und 113 Abs. 1 S. 4 VwGO automatisch die Statthaftigkeit auch eines lediglich feststellenden Rechtsschutzzieles.

2. Die vorherrschend vertretene Auffassung

Die Überprüfung bereits erledigter Prozeßhandlungen gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO hält die herrschende Meinung im Rahmen der Strafprozeßordnung nicht für statthaft. Sie sei auch in einem gerichtlichen Verfahren außerhalb des Strafverfahrensrechts nicht zulässig. Eine Nachprüfung im Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG komme von vornherein nicht in Betracht, weil die zu prüfenden Eingriffe Prozeßhandlungen und keine Justizverwaltungsakte seien[1].

3. Die Alternativlösung von SCHENKE

Nach anderer Ansicht soll dagegeben der Rechtsbehelf nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO nicht geeignet sein, den Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG

---

[1] Vgl. statt aller ALTENHAIN, DRiZ 1970, 105 (107).

gänzlich auszuschließen. So sei § 98 Abs. 2 S. 2 StPO lediglich auf alle noch nicht erledigten polizeilichen Anordnungen anwendbar, nicht dagegen auf bereits erledigte Anordnungen, für die vielmehr der Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG bereitstehe[1]. Denn bei § 98 Abs. 2 S. 2 StPO handele es sich nicht um einen anderen Rechtsweg im Sinne des § 23 Abs. 3 EGGVG, da § 98 Abs. 2 S. 2 StPO eine Zweckmäßigkeitsprüfung, nicht aber - wie im Falle der §§ 23 ff EGGVG - eine Rechtmäßigkeitsprüfung vorsehe[2]. Folglich greife wegen der Verschiedenheit der zu prüfenden Verfahrensgegenstände die Subsidiaritätsklausel des § 23 Abs. 3 EGGVG auch nicht ein[3].

4. Die Lösung der Mindermeinung

Eine Mindermeinung im Schrifttum schließt dagegen die zuvor aufgeführten Lösungswege aus und bejaht - nach Prüfung und Ablehnung des Verfahrens nach den §§ 23 ff EGGVG - den Rechtsbehelf des § 98 Abs.2 S. 2 StPO auch für bereits erledigte Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen[4].

---

[1] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (347/348); derselbe NJW 1976, 1816 (1920 f), diese Ansicht vertreten im Ergebnis auch RUPP-HANACK, JR 1971, 273 (274), soweit der Betroffene ein Mehr an Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG im Vergleich zu einem strafprozessualen Rechtsbehelf erreichen könnte.

[2] SCHENKE, NJW 1975, 1529 (1530); SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (348).

[3] SCHENKE, NJW 1975, 1529 (1530); vgl. auch RIETDORF-HEISE-BÖCKENFÖRDE-STREHLAU, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., 1972, Rdnr. 4 zu § 27 PolG.

[4] Vgl. PETERS, JR 1972, 300 (301); wohl auch MANG/MAUNZ/MAYER/OBERMAYER, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975, S. 537, auch wenn ihnen keine positive Aussage dahingehend zu entnehmen ist, ob diese strafprozessuellen Vorschriften auch das von PETERS, JR 1972, 300 (301) für statthaft gehaltene Rechtsschutzziel mitumfassen.

5. Würdigung der Meinungen

a) Ablehnung der herrschenden Ansicht

Die wohl als herrschend zu bezeichnende Auffassung führt zu der Konsequenz, daß mit dem Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme Rechtsschutz überhaupt nicht mehr gewährt werden soll. Ob eine solche Praxis überhaupt zulässig ist, muß bezweifelt werden[1]. Denn es fragt sich, ob dem Betroffenen wirklich kein Rechtsweg und damit kein Rechtsschutz zur Verfügung gestellt werden soll, wenn z.B. die Polizei einen Gegenstand nach den §§ 94, 98 StPO beschlagnahmt hat und diesen Gegenstand dem Betroffenen wieder aushändigt, bevor ein Richter sich mit der Angelegenheit hat befassen und eine Entscheidung treffen können[2]. Dieses zu bejahen hieße doch, der Polizei, also einem Träger und Anwender öffentlicher Gewalt, einen rechtsfreien Raum zu eröffnen. Zu groß könnte die Versuchung gerade der Polizei werden, beispielsweise erwartungsgemäß kurzfristige Untersuchungshandlungen anzuordnen und diese abzuschließen oder aufzuheben, bevor ein Richter sich mit der Angelegenheit befaßt, um über die Fortdauer der Untersuchungshandlung zu entscheiden[3].

---

[1] Vgl. neuerdings NAUMANN, DÖV 1975, 278, der es für "fraglich" hält, ob die Maßnahmen der Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft Prozeßhandlungen seien, deren richterliche Überprüfung laut KLEINKNECHT, StPO, Anm. 6 zu § 152 GVG, nicht möglich sei.

[2] Dieses und weitere Beispiele für SAMPER, Polizeiaufgabengesetz, 1965, Anm. I 4 zu Art. 47 PAG.

[3] Vgl. hierzu aus dem speziell polizeilichen Bereich den Aufsatz von FRANZ, NJW 1966, 240, der insbesondere die Praxis der Polizei nach den Polizeigesetzen bemängelt, bei kurzfristigen Freiheitsentziehungen nicht eine Überprüfung dieser Maßnahme durch den zuständigen Richter in die Wege zu leiten.

Zwar wird der Meinung von KLEINKNECHT insoweit beizupflichten sein, als er davon ausgeht, der Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft treffe lediglich in Notkompetenz eine Anordnung[1], für die in erster Linie der Richter zuständig sei. Hieraus aber generell Rückschlüsse zu ziehen auf die Anfechtbarkeit bereits vollzogener Anordnungen, dürfte nicht zulässig sein, muß doch Ausgangspunkt aller Überlegungen der Gedanke bleiben, daß Angehörige der öffentlichen Gewalt gehandelt haben. Wenn schon die Staatsanwaltschaft der öffentlichen Gewalt zugerechnet wird, so muß dies auch für deren Hilfsbeamte gelten. Gegenüber allen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt wird durch Art. 19 Abs. 4 GG lückenloser und umfassender Rechtsschutz garantiert[2].

b) Ablehnung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes

Einer Befürwortung des Verwaltungsrechtsweges begegnen folgende Bedenken: Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht erlangen zu wollen, stände der Erwägung entgegen, grundsätzlich alle Strafverfolgungsangelegenheiten den sachnäheren ordentlichen Gerichten zu überlassen[3]. Denn es sollte vermieden werden, mit der Nachprüfung ein und derselben Untersuchungshandlung, je nachdem ob sie ein Staatsanwalt oder ein Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft vorgenommen hat, verschiedene Gerichte zu betrauen,

---

[1] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 6 zu § 152 GVG.

[2] Vgl. etwa BVerfGE 8, 274 (326); 10, 264 (267).

[3] Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung in BT-Drucksachen 55, 3. Wahlperiode, S. 61, wo in der Begründung darauf abgehoben wird, auch solche Fälle durch die Generalklausel des § 168 a Abs. 1 des Entwurfes einer Verwaltungsgerichtsordnung (entspricht im wesentlichen dem heutigen § 23 Abs. 1 EGGVG) zu erfassen, die auf dem Gebiete der Strafrechtspflege durch die Justizverwaltung ergehen und nicht "unter den herkömmlichen Begriff des Justizverwaltungsakts fallen."

um auf diese Weise sich widersprechenden Urteilen vorzubeugen[1].

Zum anderen widerspräche eine von dieser Ansicht vertretene Aufteilung wohl dem in Art. 95 GG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken, alle "sachlich und wesensmäßig zusammengehörige Streitigkeiten nach Möglichkeit bei einem Gerichtszweig zu konzentrieren"[2], sofern nicht ausdrücklich eine andere Zuständigkeitsregelung gesetzlich niedergelegt ist[3].

c) Ausschluß des Rechtsschutzgedanken gemäß den §§ 23 ff EGGVG

Gegen die vorgeschlagene Lösung, Rechtsschutz im Rahmen der §§ 23 ff EGGVG zu gewähren, sprechen folgende Argumente: Trotz ihrer Bestellung zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG) bleiben die handelnden Polizeibehörden weiterhin den Behörden der inneren Verwaltung zugeordnet[4]. Sie werden nicht zu Beamten der Staatsanwaltschaft[5]. Denn grundsätzlich bleibt diejenige Behörde Beklag-

---

[1] Vgl. bereits BVerwG, NJW 1958, 723 (724), das den Sinn solcher Regelungen darin sieht, "Hineinreden einer Gerichtsbarkeit in eine andere und damit ein Durcheinander und Gegeneinander der verschiedenen Gerichtsverfahren" zu verhindern; HENNBERG, BB 1973, 1301 (1303) und DB 1973, 1468 (1469).

[2] SCHENKE, NJW 1975, 1529; vgl. auch SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (339); BRÜGGEMANN, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, S. 127; SCHOLLER/BRO:, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 29; auf das Kriterium des engen Zusammenhangs stellt auch ab NAUMANN, DÖV 1970, 201 (205).

[3] OLG Stuttgart, NJW 1972, 2146; BVerwG, NJW 1958, 723 (724), und zwar bezogen auf den früheren Art. 96 GG (heute Art. 95 GG).

[4] SCHENKE, Verw.Arch. 60 (1969), 332 (336 f); vgl. auch hierzu MEYER, JuS 1971, 294 (295).

[5] KOHLHAAS, JR 1957, 42 (44).

te[1], der der Beamte angehört, unabhängig davon, ob dieser Beamte Weisungen übergeordneter, also anderer Behörden, zu befolgen hat[2]. Eine Ausnahme von diesem Prinzip scheidet hier aus, da sich andernfalls die Staatsanwaltschaft Maßnahmen dieser Beamten zurechnen lassen müßte, auch wenn diese ohne deren Wissen und Willen angeordnet worden wären[3].

Diese Ansicht hat für den Rechtsuchenden überdies den Nachteil, oftmals nicht zu wissen oder zu erkennen, in welcher Funktion der Polizeibeamte nun tätig geworden ist und ob und wann eine bestimmte Maßnahme von einem Polizeibeamten nur in seiner Eigenschaft als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft hat veranlaßt werden dürfen.

d) Befürwortung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO

Wegen der angeführten Bedenken gegen die bisher vorgetragenen Lösungsvorschläge ist meines Erachtens die Meinung vorzugswürdig, die die Statthaftigkeit eines lediglich feststellenden Rechtsschutzzieles auch in der Strafprozeßordnung bejaht.

Diese Auffassung gewinnt auch deshalb Bedeutung, weil sich hier die gleiche Problematik auftut, wie bei entsprechenden Maßnahmen der Staatsanwaltschaft, dürfen doch sowohl der Staatsanwaltschaft als auch dessen Hilfsbeamten insoweit gleiche Anordnungen erlassen und zwar lediglich ersatzweise für den Richter bei "Gefahr im Verzug".

---

[1] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (336, 337).
[2] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (336 und Fn 22).
[3] SCHENKE, VerwArch. 60 (1969), 332 (337).

Eine Differenzierung zwischen den beiden staatlichen Organen ist auch deshalb nicht angezeigt, weil sowohl Staatsanwaltschaft als auch Polizei zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gerechnet werden, gegen die umfassender und gleicher Rechtsschutz gewährleistet werden sollte.

Erlassen Beamte der Zoll- oder Steuerfahndungsstellen Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnungen, §§ 404 in Verbindung mit 399 Abs. 2 S. 2 AO, so sind hiergegen dieselben Rechtsbehelfe wie gegen solche polizeilicherseits erlassenen Anordnungen zulässig. Denn diese Beamten sind ihrer Rechtsstellung nach Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, § 404 S.3 AO, und ihnen obliegt im von der Finanzbehörde betriebenen Ermittlungsverfahren die gleiche Aufgabe wie den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren.

Folglich ist eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich des Rechtsschutzes bei Beamten der Zoll- und Steuerfahndungsstellen, soweit strafprozessuale Zwangsmaßnahmen in Frage stehen, die nur von Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft angeordnet werden dürfen, bei den noch zu untersuchenden Zwangsmaßnahmen nicht angebracht.

D. Rechtsschutz gegen erledigte Anordnungen auf Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, §§ 81 a Abs. 2, 81 c Abs. 5 StPO, durch die Staatsanwaltschaft bzw. durch die Finanzbehörde, §§ 386 Abs. 2, 385 Abs. 1 AO

Eine ausdrückliche Überprüfung staatsanwaltschaftlicher Anordnungen nach den §§ 81 a Abs. 2, 81 c Abs. 5 StPO sieht das Strafverfahrensrecht nicht vor.

I. Rechtsschutz bei unerledigten Eingriffen

1. Lösung der herrschenden Meinung

Hieraus folgert die wohl herrschende Meinung, der Strafrichter könne gegen Anordnungen der Staatsanwaltschaft nicht angerufen werden[1]. Vielmehr seien gegen Anordnungen dieser Organe lediglich Dienstaufsichtsbeschwerden zulässig, die im Falle der Anordnung durch den Staatsanwalt an dessen vorgesetzte Behörde zu richten seien[2].

Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG könne nicht gewährt werden, weil auch die nach den §§ 81 a, 81 c StPO durch den Staatsanwalt - also einem Organ der Rechtspflege[3] - getroffenen Anordnungen Prozeßhandlungen seien[4], die dem Staatsan-

---

[1] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 10 c zu § 81 a, Anm. 9 zu § 81 c; so auch MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 70 zu § 81 a und Rdnr. 59 zu § 81 c; vgl. auch BVerwG, MDR 1956, 313 (314) und die Kritik an dieser Entscheidung von BACHOF, MDR 1956 314 (insbesondere S 315); DZENDZALOWSKI, Die körperliche Untersuchung, 1971, S. 44/45.

[2] MÜLLER-SAX (KMR), StPO, Anm. 10 c zu § 81 a StPO und Anm. 9 zu § 81 c StPO; BayObLGSt 1956, 180 (185); auch MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 70 zu § 81 a StPO, hält die Dienstaufsichtsbeschwerde für statthaft, obwohl auch sie die bereits vollzogene Maßnahme nicht mehr rückgängig machen könne; ERBS, Handkommentar zur Strafprozeßordnung, 1950, Anm. IX zu § 81 a StPO; einen guten Überblick über die formlosen Rechtsbehelfe gibt MANSPERGER, Die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Problematik des polizeilichen Erkennungsdienstes, Diss., 1971, S. 129 ff.

[3] OLG Hamburg, NJW 1972, 1586; OLG Hamm, NJW 1966, 684.

[4] Vgl. OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (171); vgl. auch etwa OLG Hamburg, NJW 1972, 1586; OLG Stuttgart, NJW 1972, 2147; OLG Nürnberg, GA 1968, 59; OLG Hamm, NJW 1965, 1241; 1966, 684; 1969, 808; siehe auch die Angaben bei ALTENHAIN, DRiZ 1966, 361 ff (361; 170, 105 ff (106).

walt darüber Aufschluß geben sollen, ob eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens verfügt oder öffentliche Klage erhoben werden solle[1].

2. Rechtsbehelf des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog

Nach anderer Ansicht soll gegen staatsanwaltliche Anordnungen der zuständige Strafrichter unter analoger Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO angerufen werden können, und zwar in denjenigen Fällen, in denen der Richter an sich für die Anordnung zuständig gewesen wäre[2]. Gemeint sind also die Fallgestaltungen, in denen die Staatsanwaltschaft "bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung" ersatzweise[3] für den an sich zuständigen Richter Anordnungen erlassen darf, hier also bezüglich §§ 81 a, 81 c StPO.

3. Befürwortung des Verfahrens nach den §§ 23 ff EGGVG

Eine dritte Meinung befürwortet den Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG[4]. Die Befürworter dieser Verfahrensart halten eine richterliche Überprüfung solcher Anordnungen wegen des Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG auf möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen

---

[1] MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 71 zu § 81 a StPO.

[2] OLG Karlsruhe, DÖV 1976, 170 (172); KLEINKNECHT, StPO, Anm. 1 zu § 81 a StPO und Anm. 10 zu § 81 c StPO; SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 10 c zu § 23 EGGVG; GÖSSEL, GA 1976, 60 (62).

[3] KLEINKNECHT, StPO, Anm. 12 zu § 81 a StPO.

[4] BayVerfGH, NJW 1969, 229; GENZEL, NJW 1969, 1562, (1565); GEERDS, GA 1965, 321 (326 Fn. 11); BRUNS, Ablehnung eines Staatsanwalts aus den Gründen des § 24 StPO, insbesondere wegen Besorgnis der Befangenheit, in: Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag, 1970, S. 42 (53); STRUBEL und SPRENGER, NJW 1972, 1734.

die Verletzung der Rechtssphäre des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt für erforderlich[1]. Der Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG sei als Auffangtatbestand für alle selbständigen hoheitlichen Maßnahmen, die im Rahmen der Strafrechtspflege ergingen, anzusehen, soweit die Strafprozeßordnung eine richterliche Nachprüfung nicht vorsehe[2]. So sei denn auch ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung unabhängig davon, ob die Maßnahme bereits vollzogen, also erledigt sei, zulässig[3].

4. Stellungnahme

Daß Rechtsschutz in den Fällen der §§ 81 a, 81 c StPO überhaupt gewährt werden sollte, dürfte außer Zweifel stehen[4]. Denn das Gebot aus Art. 19 Abs. 4 GG auf möglichst lückenlosen Rechtsschutz meint Rechtsschutz durch den Richter[5]. Die Ansicht, die lediglich ein Dienstaufsichtsbeschwerdeverfahren zulassen will, ist deshalb abzulehen, weil die Dienstaufsichtsbeschwerde kein Rechtsweg im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG[6] ist und in der Regel auch wenig effizient ist[7].

---

[1] GENZEL, NJW 1969, 1962 (1965); vgl. auch SARSTEDT in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Anm. 10 b zu § 81 a StPO, der das Verfahren gemäß den §§ 23 ff EGGVG erst nach erfolgloser Dienstaufsichtsbeschwerde für zulässig hält.

[2] GENZEL, NJW 1969, 1962 (1965).

[3] BayVerfGH, NJW 1969, 229 (230).

[4] Vgl. bereits BACHOF, MDR 1956, 314 (315).

[5] GENZEL, NJW 1969, 1562 (1565).

[6] GENZEL, NJW 1969, 1562 (1565).

[7] GEERDS, GA 1965, 321 (326).

Es besteht auch kein vernünftiger Grund dafür, weshalb der Gesetzgeber gerade in den Fällen der §§ 81 a, 81 c StPO bewußt auf jeglichen gerichtlichen Rechtsschutz hat verzichten wollen. Hat er gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung ausdrücklich gesetzlich vorgesehen und ist nach ganz allgemeiner Ansicht diese Vorschrift auch entsprechend anzuwenden auf den Fall der Durchsuchung[1], § 105 Abs. 1 StPO, so ist, vornehmlich unter dem Blickwinkel der Art. 1, 2 Abs. 2 S. 1 GG, nicht einsichtig, weshalb Eingriffe in die körperliche Unversehrheit im Rechtsschutz hinter Eingriffen in das Eigentum und das Hausrecht zurückstehen sollen[2]. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Sinne des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ist deshalb auch auf die Fälle der §§ 81 a, 81 c StPO auszudehnen.[3]

Der Einwand GENZELs[4], eine solche ausdehnende Auslegung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO sei unzulässig,

---

[1] Vgl. SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1972, Anm. 10 d zu § 23 EGGVG; KLEINKNECHT, StPO, Anm. 9 zu § 105.

[2] Die nach § 81 a StPO einschneidenden, aber gleichwohl zulässigen Maßnahmen führt auf SAX, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte, 2. Aufl. 1972, 3.Bd., 2. Halbband, S. 909 (984/985), z.B. Magenaushebung, Lumbalpunktion, Enzephalograhie; vgl. auch KOHLHAAS, Körperliche Untersuchung und erkennungsdienstliche Maßnahmen, 2. Aufl. 1976, S. 36 ff.

[3] Offengelassen vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof, NJW 1969, 229; vgl. aber wie hier SCHÄFER in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1974, Anm. 10 d zu § 23 EGGVG, der es für wenig konsequent hält, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog auf den Fall des § 105 StPO, aber nicht auf den des § 81 a StPO anzuwenden.

[4] GENZEL, NJW 1969, 1562 (1565).

weil nur der Gesetzgeber im Wege einer gesetzlichen Regelung eine Änderung herbeiführen könne, ist nicht stichhaltig. Denn eine analoge Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auf diese strafprozessualen Eingriffe ist schon deshalb zulässig, weil sich die Regelung der Beschlagnahme in ihrer Grundstruktur den hier untersuchten Eingriffen ähnelt[1]. So besteht die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für den Fall der Anordnung einer Beschlagnahme ebenso lediglich ersatzweise[2] wie für die hier untersuchten Eingriffe, und die primäre Anordnungsbefugnis des Richters dient jeweils der Kontrolle der Staatsanwaltschaft im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG[3].

II. Rechtsschutz nach Erledigung dieser Maßnahmen

1. Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG

Die Ansicht, die Rechtsschutz im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG befürwortet, tritt wegen § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG automatisch für ein nachträgliches, lediglich feststellendes Rechtsschutzziel ein.

2. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch für den Fall der Erledigung der Anordnung

Eine Mindermeinung befürwortet in den Fällen der §§ 81 a, 81 c StPO auch nach Vollzug der Anordnung

---

[1] AMELUNG, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 31; SCHENKE, NJW 1976, 1816 (1820).

[2] KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 23 zu § 81 a StPO.

[3] WELP, GA 1977, 124; vgl. hierzu insgesamt die Ausführungen auf S. 202.

die entsprechende Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO mit dem Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der erledigten Maßnahme[1].

3. Stellungnahme

Zu erörtern verbleibt demnach, ob Rechtsschutz im Falle der Erledigung der Maßnahme über § 98 Abs. 2 S. 2 StPO oder nach den §§ 23 ff EGGVG gewährt werden soll.

Da der Staatsanwalt auch die Anordnungen gemäß den §§ 81 a, 81 c StPO nur "bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung" - worunter nichts anderes zu verstehen ist als unter der Wendung "Gefahr im Verzug"[2] - zu erlassen befugt ist, so wird er doch nur ersatzweise, stellvertretend für den Richter tätig, so daß die vom Staatsanwalt veranlaßte Maßnahme als eine justizielle Strafverfolgungsmaßnahme bezeichnet werden muß. Solche justiziellen Akte unterfallen aber nicht dem Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG[3].

Folglich dürfte § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch bei Erledigung der Maßnahmen im Sinne der §§ 81 a, 81 c StPO anwendbar bleiben[4].

---

[1] Vgl. PETERS, JR 1972, 300 (301) ausdrücklich in Bezug auf § 81 a StPO; siehe in diesem Zusammenhang auch GENZEL, NJW 1969, 1562 (1566), der eine Überprüfung selbständiger staatsanwaltlicher Anordnungen nach § 81 a StPO aus rechtspolitischen Gründen durch den nach § 81 a Abs. 2 StPO zuständigen Richter zwar für wünschenswert erachtet, eine diesbezügliche Realisierung bei der jetzigen Gesetzeslage aber für unmöglich hält, da hierzu nur der Gesetzgeber befugt sei.

[2] Vgl. MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 53 zu § 81 a StPO.

[3] Hierzu vgl. die Ausführungen auf den S. 200 ff.

[4] Vgl. hierzu die Ausführungen auf den S. 199 ff.

E. Rechtsschutz gegen erledigte Anordnungen auf Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit durch Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, §§ 81 a Abs. 2, 81 c Abs. 5 StPO, bzw. durch Beamte der Zoll- und Steuerfahndungsstellen, §§ 404, 399 Abs. 2 S. 2 AO

Da die in diesem Zusammenhang getroffenen Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei auf Grund derselben Kompetenzen wie die der Staatsanwaltschaft und auch nur vertretungsweise für den Richter veranlaßt werden, ist eine Differenzierung zwischen den Anordnungen der Staatsanwaltschaft und denen ihrer Hilfsbeamten nicht angezeigt (vgl. bereits oben S. 216).

F. Die Anordnung auf Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger, § 100 a StPO, bei Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft, § 100 b Abs. 1 S. 2 StPO

I. Rechtsschutz bei noch andauerndem Eingriff

Die Strafprozeßordnung sieht gegen diese möglichen Anordnungen der Staatsanwaltschaft keinen Rechtsbehelf vor; gleichwohl wird - wie bei den §§ 81 a, 81 c StPO - der Antrag auf gerichtliche Entscheidung entsprechend § 98 Abs. 2 S. 2 StPO teilweise für zulässig erachtet.[1]

Dieser Ansicht ist grundsätzlich nach dem oben auf S. 219 ff Ausgeführten zuzustimmen.

Indes ist die Bedeutung dieser so eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeit in der Praxis sehr gering[2].

---

[1] MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 9 zu § 100 b in Verbindung mit Rdnr. 30 zu § 100 StPO.

[2] Vgl. WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 177.

Diese Tatsachen gestehen auch die Befürworter dieser Rechtsschutzmöglichkeit ein[1]. Denn wegen § 101 Abs. 1 StPO wird die Entscheidung über die nach den §§ 99, 100, 100 a, 100 b StPO getroffenen Maßnahmen in aller Regel erst dann dem Betroffenen bekanntgemacht, wenn dieses "ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen kann"[2], und dieser Zeitpunkt ist grundsätzlich erst mit völligem Abschluß der Maßnahme anzunehmen[3].

II. Rechtsschutz bei erledigtem Eingriff

Ein Rechtsschutzverlangen des Betroffenen hält die herrschende Auffassung nach Abschluß des Eingriffs generell für unzulässig[4], weil es an einer Beschwer mangele. Das Fehlen einer Beschwer wird darüber hinaus angenommen für den Fall, daß die Aushändigung der Sendungen, § 101 Abs. 2, 3 StPO, oder die Vernichtung der Tonträger, § 100 b Abs. 5 StPO, begehrt wird[5]. Diese Ansicht vermag aber nicht zu überzeugen, da der durch den Eingriff erlangte Nachrichteninhalt wie bei der Beschlagnahme eines Gegenstandes im Sinne der §§ 94 ff StPO im Zugriff der Ermittlungsbehörden verbleibt. Folglich begehrt der Betroffene, sofern eine weitere Kennt-

---

[1] MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 9 zu § 100 b StPO.

[2] Vgl. auch KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 3 zu § 100 b StPO, der auch darauf hinweist, daß die Anordnungen grundsätzlich ohne vorherige Anhörung des Betroffenen erfolge (§ 33 Abs. 4 StPO).

[3] MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 9 zu § 100 b StPO; WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 114.

[4] Vgl. MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 9 zu § 100 b StPO; KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 10 zu § 100 b StPO.

[5] MEYER in Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1976, Rdnr. 9 zu § 100 b StPO.

nisnahme dieses Nachrichteninhalts möglich ist, mit dem Rechtsschutzziel der Aushändigung der Sendungen oder der Vernichtung der Tonträger die Aufhebung der solcherart fortbestehenden Beeinträchtigung seiner Rechte, da mit jeder weiteren Kenntnisnahme der Eingriff in das Post- und Fernmeldegeheimnis intensiviert wird[1]. Sind die Tonträger indes bereits vernichtet oder Sendungen an den Bürger herausgegeben, so entfallen auch die zuvor für eine Beeinträchtigung seiner Rechte maßgeblichen Argumente. Bei dieser Annahme wäre der Betroffene lediglich verwiesen auf das Rechtsschutzziel der nachträglichen Feststellung der Illegalität des geschehenen Eingriffs. Würde dem Bürger dieses Rechtsschutzziel verwehrt, so erhielte er in der Regel niemals die Gelegenheit, sich zu dem Eingriff zu äußern oder sich zu rechtfertigen. Er rückte zwar mit dem Zeitpunkt der Benachrichtigung, § 101 StPO, erstmals in eine Stellung als Subjekt prozessualer Rechte ein[2], doch könnte er diese Rechte nicht ausüben, da die Benachrichtigung gesetzlicherseits erst erfolgen soll, "sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen kann" (§ 101 Abs.1 StPO), also in der Praxis nach Abschluß des Eingriffs. Der Bürger bliebe demnach lediglich ein Objekt staatlichen Handelns und wäre der Gefahr eines Mißbrauchs solcher Eingriffsbefugnisse schutzlos ausgeliefert[3]. Wegen des Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG muß aber ein Rechtsschutz gegen einen solchen Eingriff der öffentlichen Gewalt gewährleistet sein.

---

[1] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 115.

[2] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 115.

[3] WELP, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 110.

Kann dieser Rechtsschutz von vornherein nur in Form eines nachträglichen Rechtsschutzbegehrens gewährt werden, so muß auf Antrag des Betroffenen ein solches Rechtsschutzziel auch zulässig sein. Folglich sollte der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Rahmen des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch noch nach Benachrichtigung und nach völligem Abschluß der Maßnahme statthaft sein.

G. Rechtsschutz bei erledigten Anordnungen der Staatsanwaltschaft bzw. der Finanzbehörde gegen Eingriffe in die persönliche Freiheit, § 127 Abs. 2 StPO

I. Rechtsschutz bei bestehendem Freiheitsentzug

Hat der Staatsanwalt eine vorläufige Festnahme im Sinne des § 127 Abs. 2 StPO veranlaßt, so hat er den Festgenommenen gemäß § 128 Abs. 1 S. 1 StPO unverzüglich dem Amtsrichter vorzuführen, es sei denn, er setzte den Festgenommenen vor der Vorführung vor den Richter wieder in Freiheit. Letzteres wird die Staatsanwaltschaft von sich aus anordnen müssen, soweit sich nach der Festnahme herausstellen sollte, daß die in § 127 Abs. 2 StPO angeführten Festnahmegründe gar nicht erst bestanden haben bzw. nachträglich fortgefallen sind[1].

§ 128 StPO - als strafprozessuale Schutzvorschrift für den auf Grund des § 127 Abs. 2 StPO Festgenommenen[2] - ist eine Ausformung des in Art. 104 Abs. 3 S. 1 GG speziell für die vorläufige Festnah-

---

[1] Vgl. KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 1 zu § 128 StPO.

[2] Siehe KLEINKNECHT, StPO, Rdnr. 1 zu § 128 StPO in Verbindung mit Rdnr. 2, 3 zu § 127 StPO, der bei vorläufiger Festnahme wegen Persönlichkeitsfeststellung eine Vorführung vor den Richter für überflüssig erachtet, weil sie nicht in richterliche Haft umgewandelt werden kann, wenn Haft- oder Unterbringungsbefehl nicht in Betracht kommen.

me[1], § 127 StPO, niedergelegten Gebots auf Vorführung vor den Richter spätestens am Tage nach der Festnahme.

Da Art. 104 Abs. 3 S. 1 GG lediglich in Ergänzung[2] zu Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG das Verfahren bei einer Freiheitsentziehung auf Grund des Verdachts einer strafbaren Handlung betrifft[3], haben die für Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG entwickelten Grundsätze auch für Art. 104 Abs. 3 S. 1 GG Bestand.

Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheits-

---

[1] KOSCHWITZ, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, 1969, S. 139; insoweit wird auch nicht eingehend dem Problem nachzugehen sein, ob die Maßnahme nach § 127 Abs. 2 StPO lediglich Freiheitsbeschränkungen oder Freiheitsentziehungen darstellen, kann doch bei einer Festnahme unter den Voraussetzungen des § 127 Abs. 2 StPO in der Regel nicht von einer "ganz flüchtigen Maßnahme", die wohl lediglich als eine Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren wäre - wie etwa das vorübergehende Anhalten einer Person zur Personalienfeststellung - gesprochen werden (vgl. neuerdings zu den Kriterien einer Abgrenzung zwischen einer Freiheitsbeschränkung und einer Freiheitsentziehung den Aufsatz von SCHNICKMANN, MDR 1976, 363 (364 f), in dem die Autorin das entscheidende Abgrenzungsmerkmal in dem Erfolg der Maßnahme sieht: soweit der Betroffene während der Dauer seiner Festnahme sich nicht seinem Willen gemäß frei bewegen, insbesondere seinen Aufenthaltsort nicht wechseln könne, unterliege er einer "allseitigen totalen Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit", so daß stets eine Freiheitsentziehung gegeben sei (vgl. SCHNICKMANN, a.a.O. S. 365 mit weiteren Nachweisen in den Fußnoten 22 - 24 auf derselben Seite)).

[2] DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 42, 36 zu Art. 104 GG.

[3] Für die "unverzügliche" Vorführung vor den Richter in Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG wird dem Festnehmenden gemäß Art. 104 Abs. 3 S. 1 GG das Erfordernis auferlegt, spätestens am Tage nach der Festnahme den Festgenommenen dem Richter vorzuführen, der ihm dann rechtliches Gehör zu gewähren hat.

entziehung hat deshalb ein Richter zu entscheiden, Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG. Diese Entscheidung hat die anordnende Behörde grundsätzlich selbst herbeizuführen, Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG[1].

II. Rechtsschutz nach beendetem Freiheitsentzug

Nicht mehr für erforderlich gehalten wird aber ein solcher Antrag der Behörde, wenn der Festgenommene wieder freigelassen worden ist, ehe eine Entscheidung des Richters herbeigeführt worden ist oder hat veranlaßt werden können, da der Richter nicht über die Zulässigkeit der vorläufigen Festnahme durch die Behörde entscheide, sondern lediglich prüfe, ob im Zeitpunkt seiner Prüfung die gesetzlichen Voraussetzungen für die Freiheitsentziehung vorlägen[2].

---

[1] Dabei kommt es auf die Dauer der Freiheitsentziehung nicht an, da die Freiheitsentziehung nicht notwendig ein Element der Dauer enthält (vgl. hierzu: MORITZ, NJW 1977, 796).

[2] Vgl. OVG Berlin, JR 1971, 259 (261); KOSCHWITZ, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, 1969, S. 115; OLSCHEWSKI, JR 1971, 89 ff (93 f), der seine Ansicht mit der Zielrichtung des Art. 104 Abs. 2 GG rechtfertigt: so sei die Polizei nur insoweit zur (nachträglichen) Einschaltung des Richters verpflichtet, als die von ihr angeordnete Maßnahme noch eine Freiheitsentziehung darstelle, da sie für diesen (noch andauernden) Eingriff den gerichtlichen "Titel" benötige, um erstmals rechtswirksam in die Freiheit des Festgenommenen eingreifen zu können (vgl. denselben a.a.O. S. 94); so auch DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 35 zu Art. 104 GG, der darauf verweist, daß den vorgängigen, auf die bloße Freiheitsentziehung abzielenden Maßnahmen der Behörden, die rechtlich als Verwaltungsakte zu qualifizieren seien, lediglich vorläufige Bedeutung zukomme, da mit "Erlaß der richterlichen Entscheidung oder Ablauf der gesetzlichen Frist (der Verwaltungsakt) ipso iure rechtsunwirksam" werde. Nach anderer Auffassung wird dagegen eine solche Antragspflicht der Behörde und eine ihr korrespondierende Entscheidungspflicht des zuständigen Richters auch noch nach erfolgter Freilassung des Festgenommenen

Eine solche Antragsverpflichtung der Behörde nach Freilassung des Festgenommenen wird durch Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG auch deshalb nichtfür erforderlich gehalten, weil sie in der Praxis zu einer außerordentlichen Erschwerung der "täglichen (besonders präventivpolizeilichen) Verwaltungsarbeit und zu einer Überlastung der Gerichte führen (würde), die sich letzten Endes zum Nachteil der Allgemeinheit auswirken würde"[1].

III. Stellungnahme

Ein Ausschluß jeglichen Rechtsschutzes scheidet wegen des verfassungsrechtlichen Gebots aus Art. 19 Abs. 4 GG zumindest dann nicht von vornherein aus, wenn der Betroffene auf eine Feststellung antrüge. Zu erwägen bleibt jedoch, ob nicht ein anderer Rechtsweg, etwa das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG oder der Verwaltungsgerichtsweg offensteht.

---

wegen des Gebots aus Art. 104 Abs. 2 GG gefordert, da es Sinn und Zweck dieser Verfassungsbestimmung sei, bei allen durch nichtrichterliche, staatliche Organe angeordneten Freiheitsentziehungen eine Überprüfung durch den Richter herbeizuführen; vgl. FRANZ, NJW 1966, 240 f (240) und denselben in NJW 1966, 1850 (1851); siehe auch BayVGH in DVBl. 1954, 1810, Leitsatz 3: "Die richterliche Entscheidung gemäß Art. 104 Abs. 2 GG ist notwendiger Bestandteil einer rechtmäßigen Freiheitsentziehung; sie ist daher auch dann noch erforderlich, wenn die Freiheitsentziehung bereits beendet ist"; BayObLGZ 1956, 425, Leitsatz 1; BAUMANN, Die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961 (Neudruck 1971), S. 525 (538); vgl. auch BVerwG, NJW 1957, 922: "Der Gesetzgeber hat die persönliche Freiheit unter den besonderen verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 104 GG gestellt. Es würde der Bedeutung, die er ihr als einem der höchsten Rechtsgüter damit zuerkannt hat, nicht entsprechen, wenn dieser Rechtsschutz mit der bloßen Wiedergewährung der Freiheit entfallen sollte."

[1] SAAGE-GÖPPINGER, Freiheitsentziehung und Unterbringung, Kommentar, 2. Aufl. 1975, Anm. 11 zu § 13 FEVG.

Der Verwaltungsrechtsweg scheidet aber bereits deshalb aus, weil es sich hier um die Nachprüfung spezifisch strafprozessualer Materie handelt, für die die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Dies wird erkennbar aus der Rechtswegregelung für Akte der Justizverwaltungsbehörden, für die der Gesetzgeber ausdrücklich die ordentlichen Gerichte für zuständig erklärt hat, §§ 23, 25 EGGVG.

Verblieben somit für den rechtsschutzsuchenden Bürger lediglich das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG und die Bestimmung des § 128 StPO, so stimmt darüber hinaus die Tatsache bedenklich, daß das handelnde Organ mit der Freilassung darüber befinden kann, ob der betroffene Bürger um Rechtsschutz vor dem Amtsgericht oder dem Oberlandesgericht vorstellig werden muß[1].

Eine solche Einflußmöglichkeit sollte dem staatlichen Organ aber verwehrt werden, ergeben sich doch dadurch für den Betroffenen hinsichtlich seines Rechtsschutzes schwerwiegende Nachteile[2].

Der Betroffene wäre dann wieder der "Selbstherrlichkeit"[3] der vollziehenden Gewalt insoweit ausgesetzt, als er - da ja ein Ausschluß jeglichen

---

[1] Vgl. AMELUNG, JZ 1975, 526 (527); siehe auch OVG Hamburg, NJW 1970, 1699 (1700) und SEUFFERT, NJW 1976, 37: "Mit der Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG, der sich gegen 'Selbstherrlichkeit' der vollziehenden Gewalt richtet, ist es unvereinbar, daß die vollziehende Gewalt selbst über die Bedingungen des Rechtswegs verfügt, der gegegen sie eröffnet wird", und zwar hier in Bezug auf das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren; KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, S. 146.

[2] Vgl. die Ausführungen auf Seite 196 ff., wo eingehend die für den Rechtsschutzsuchenden sich ergebenden Vorteile des Rechtsbehelfes des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO im Vergleich zu dem nach den §§ 23 ff EGGVG aufgeführt sind.

[3] BVerfGE 10, 264 (267).

Rechtsschutzes nicht in Frage kommt - mit Rücksicht auf seine Freilassung auf den für ihn weitaus ungünstigeren Rechtsweg der §§ 23 ff EGGVG abgedrängt werden könnte. Dieser "Selbstherrlichkeit" der Verwaltung will aber Art. 19 Abs. 4 GG dadurch begegnen, daß jeder Akt der vollziehenden Gewalt der gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden soll. Umfassenden und zügigen und damit gleichzeitig wirksamen Rechtsschutz erhält der Bürger aber wohl nur dann, wenn der zuständige Richter im Sinne des § 128 StPO auf Antrag des Betroffenen über die Rechtmäßigkeit der Festnahme entscheidet[1]. So vernimmt der über die Freilassung des vorläufig Festgenommenen entscheidende Richter bei der Gewährung rechtlichen Gehörs in der Regel gleichzeitig etwaige Einwände des Betroffenen gegen die staatsanwaltschaftliche Anordnung[2]. Dieser Richter ist hiernach wohl am ehesten in der Lage, sich ein zutreffendes Bild darüber zu verschaffen, ob das handelnde staatliche Organ den rechtlichen Voraussetzungen, die bei einer vorläufigen Festnahme zu beachten sind, genüge getan hat. Auch entspricht eine solche Regelung dem Gebot einer "vernünftigen Prozeßökonomie"[3]. Ist der Festgenommene noch

---

[1] Vgl. BVerfG, MDR 1976, 201 (203): "Zwar kann der hohe Rang, welcher der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG zukommt, kaum überschätzt werden.... Hiervon hat sich das Gericht leiten zu lassen, wenn es in einer Vielzahl von Entscheidungen ausgeführt hat, daß bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften der StPO der Zugang zum Gericht nicht unzumutbar erschwert werden dürfe."

[2] So im Ergebnis auch RÖHL, JZ 1954, 65 ff (69), der die "Sachnähe" des Strafrichters herausstellt, soweit es den Rechtsschutz des Strafgefangenen anbetrifft; vgl. auch NAUMANN, Rechtsweg - Gerichtsweg - Zuständigkeit, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, 1966, S. 97 (102).

[3] DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 38 zu Art. 104 GG.

in polizeilichem Gewahrsam und hält der Amtsrichter im Augenblick seiner Entscheidung die Voraussetzungen eines Haftbefehls nicht für erfüllt und entläßt deshalb den Festgenommenen in Freiheit, so hat dieser wegen Art. 19 Abs. 4 GG das Recht[1], auf seinen Antrag hin die Überprüfung der Zulässigkeit dieser vorläufigen Freiheitsentziehung feststellen zu lassen[2], da mit der Anordnung der Freilassung durch den Richter nicht gleichzeitig die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsmaßnahme indiziert wird[3]. Ist wegen der vorzeitigen Entlassung des Festgenommenen eine Einschaltung des Richters überhaupt nicht erfolgt, will der betroffene Bürger gleichwohl die Rechtswidrigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung festgestellt wissen, so widerspräche es dem zuvor angeführten Gebot, den Antragsteller auf das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG zu verweisen[4].

Folglich sollte aus dem Erfordernis heraus, zügigen und effektiven Rechtsschutz zu gewähren, dem Strafrichter umfassende Überprüfungsbefugnis dann zustehen, soweit ihm die Strafverfahrensordnung

---

[1] Vgl. SAAGE-GÖPPINGER, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 2. Aufl. 1975, Einl. I, S. 3 a.E.

[2] BVerwG, NJW 1957, 922: "Jeder von der Freiheitsentziehung Betroffene muß daher auch nach seiner Entlassung die Möglichkeit haben, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit seiner Unterbringung zu klären."

[3] Vgl. DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 35 zu Art. 104 GG; SAAGE-GÖPPINGER, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 2. Aufl. 1975, Rdnr. 18 zu § 13 FEVG.

[4] Die Nachteile, die dem Betroffenen aus einer solchen Verweisung entstehen, sind bereits oben dargelegt (vgl. S. 196 ff).

eine nachträgliche Kontrollbefugnis zugewiesen hat. Auf Antrag des Betroffenen sollte deshalb auch im Rahmen des § 128 Abs. 2 StPO ein lediglich feststellendes Rechtsschutzziel grundsätzlich statthaft sein.

H. Rechtsschutz bei erledigten Anordnungen von Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bzw. Beamten der Zoll- und Steuerfahndungsstellen gegen Eingriffe in die persönliche Freiheit, § 127 Abs. 2 StPO, § 404 AO

Da im Rahmen dieser Untersuchung der Rechtsbehelf des § 128 Abs. 2 S. 1 StPO auch in Bezug auf sich bereits erledigt habende freiheitsentziehende Maßnahmen befürwortet wird, Staatsanwalt und Finanzamt ebenso wie die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft und die Beamten der Zoll- und Steuerfahndungsstellen diese lediglich auf Grund gleicher - ersatzweiser - Befugnis anordnen können, sollte eine Aufspaltung des Rechtsschutzes in verschiedene Rechtswege von vornherein nicht in Erwägung gezogen werden[1].

---

[1] Vgl. die Ausführungen auf S. 215 f.

L e b e n s l a u f

Am 16. Dezember 1946 wurde ich als Sohn des Amtsrates Heinrich Middelberg und seiner Ehefrau Anna, geb. Terwey, in Schüttorf, Kreis Grafschaft Bentheim, geboren.

Nach der Volksschule wechselte ich im Jahre 1957 auf das neusprachliche Gymnasium in Nordhorn über; dort legte ich im Jahre 1966 die Reifeprüfung ab. Hieran fügte sich eine zweijährige Militärdienstzeit an.

Im Wintersemester 1968/69 nahm ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster das Studium der Rechtswissenschaft auf, das ich im Jahre 1973 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß.

Ab November 1973 begann ich mit dem Vorbereitungsdienst, den ich nach einem Jahr zur Anfertigung einer Dissertation für den Zeitraum von eineinhalb Jahren unterbrach.

Im Jahre 1977 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit etwa einem Jahr bin ich als Richter am Landgericht in Osnabrück tätig.